

## **NOTA INFORMATIVA EN RELACIÓN CON EL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO, POR EL TURNO DE PROMOCIÓN INTERNA, 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 16 de junio de 2015 por la que se convoca proceso selectivo para el ingreso, por el turno de promoción interna, 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>

Tras la publicación de la parte dispositiva (legislación), se procede a la publicación de los temas específicos correspondientes, en las dos lenguas oficiales, en la página web de la Escuela (<http://egap.xunta.es>).

Para mayor información se pueden poner en contacto con el servicio de Estudios, Investigación y Publicaciones a través del correo electrónico [temarios.egap@xunta.es](mailto:temarios.egap@xunta.es), 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, 15 de septiembre de 2015

Actualizado: 12 de abril de 2016<sup>2</sup>

---

1 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 Se modifica el temas afectado por la Orden de 12 de noviembre de 2015 por la que se modifica la Orden de 16 de junio de 2015 por la que se convoca proceso selectivo para el ingreso, por el turno de promoción interna, en el cuerpo de gestión de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A2, y los modificados por las Leyes 39/2015 y 40/2015, por su importante peso en el programa y ante la imposibilidad de incluir todas las modificaciones legislativas.

Temas modificados:

Epígrafe I.1. Derecho autonómico y derecho local: Tema 4. Las administraciones públicas (...).

Epígrafe I.2. Derecho administrativo: Tema 2. La relación jurídico-administrativa(...), Tema 3. El principio de legalidad (...), Tema 4. Los derechos de las personas (...) e Tema 5. El acceso electrónico (...).

## **TEMA 1**

**EL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA  
DE GALICIA. LA XUNTA DE GALICIA Y SU  
PRESIDENCIA. EL CONSEJO CONSULTIVO DE  
GALICIA.**

## **TEMA 1. 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 2**

**EL PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. FUNCIONES DEL PARLAMENTO. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO. EL VALEDOR DEL PUEBLO**

## **TEMA 2. EL PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. 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 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.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)

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 3**

# **LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA: EXCLUSIVAS, CONCURRENTES Y DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO**

### **TEMA 3. 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 4**

# **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 4. 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 5**

**LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL  
SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO. LAS  
CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE  
GALICIA. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y  
LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y  
NAVEGACIÓN DE GALICIA**



## **TEMA 5. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE GALICIA. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE GALICIA**

### **1.- LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO**

Actualmente, esta regulación se haya contenida en la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico (denominada LOFAXGA).

Son principios de actuación la organización administrativa autonómica: En su organización se observarán los siguientes principios:

- a) Jerarquía.
- b) Descentralización.
- c) Desconcentración.
- d) Coordinación.
- e) Eficacia y eficiencia.
- f) Simplificación, claridad, buena fe, imparcialidad, confianza legítima y proximidad a los ciudadanos.

A mayores, hay que hablar entonces de la Administración general y del sector público autonómico.

Así, la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia está constituida por órganos jerárquicamente ordenados y dirigida por la Xunta de Galicia, actúa con personalidad jurídica única. Desarrolla funciones ejecutivas de carácter administrativo, realizando las tareas en que se concreta el ejercicio de la acción de gobierno.

Por su parte, el sector público autonómico, además de por la propia Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, está integrado por las siguientes

entidades:

a) Entidades públicas instrumentales dependientes de la Administración general o de otras entidades públicas instrumentales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

b) Otras entidades instrumentales respecto de las cuales la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia ejerce jurídicamente, de forma directa o indirecta, una posición de dominio, entendiendo como tal, a estos efectos, aquella en la que se ejerce un control análogo al de los propios servicios de la Administración.

Las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico sujetarán su actividad al derecho administrativo siempre que ejerzan potestades administrativas y en cualquier otra circunstancia salvo que, en este último caso, de acuerdo con las leyes generales o sectoriales aplicables o con sus específicas normas reguladoras, puedan o deban someterse al derecho privado. En todo caso, actuarán bajo el control y la dependencia o tutela de la Administración general de Galicia o de otra entidad instrumental integrante del sector público autonómico. Estas entidades actuarán, como regla general, en régimen de derecho privado, sin perjuicio de actuar con sujeción al derecho administrativo cuando así lo establezcan las leyes generales y sectoriales aplicables.

Los consorcios podrán ejercer por delegación, previo acuerdo del Consejo de la Xunta y siempre que se reconozca en sus estatutos, competencias y potestades administrativas de las administraciones consorciadas.

Dado que la organización de la Administración general es tratada en otro tema nos centraremos en las entidades instrumentales del sector público autonómico.

#### Entidades instrumentales del sector público autonómico.

Dentro de ellas podemos distinguir:

a) 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.

La concepción de cada una de ellas es:

- 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 que corresponda de acuerdo con la normativa general o sectorial aplicable. De acuerdo con su normativa específica, pueden ejercer actividades de intervención, fomento, gestión de servicios públicos o apoyo a la función administrativa en régimen de descentralización funcional.
- Las Agencias públicas autonómicas son 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. Su régimen jurídico interno se regula 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. Su actuación se sujeta al principio y a los mecanismos de gestión transparente por objetivos. Los mecanismos de gestión transparente por objetivos son el contrato plurianual de gestión, el plan de acción anual, el informe de actividad y las cuentas anuales.
- Las Entidades públicas empresariales son entes instrumentales a los que se encomienda la realización, conforme a criterios de gestión empresarial, de

actividades prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Su organización y régimen jurídico interno se regulan por el derecho administrativo, y su régimen jurídico externo se regula 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.

- Los Consorcios autonómicos derivan de acuerdos 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 éstos
- Las Sociedades mercantiles públicas autonómicas son 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 sus entidades instrumentales. De todas formas se aplica la LOFAXGA a las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles autonómicas, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las entidades instrumentales reguladas en la presente ley dispongan de la mayoría de los derechos de voto en la sociedad, bien directamente o bien mediante acuerdos con otros socios b) Que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las entidades instrumentales reguladas en la presente ley tengan derecho a nombrar o a separar a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente o bien mediante acuerdos con otros socios
- Las Fundaciones del sector público autonómico aquellas fundaciones en 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 cuyos 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.

### Régimen jurídico de las entidades instrumentales del sector público autonómico

Estas entidades tienen personalidad jurídica propia y diferenciada respecto de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia. Así mismo, cuentan con patrimonio y tesorería propios y gozan de autonomía de gestión.

Sólo se pueden crear cuando las especiales características de las actividades que se les encomiendan o razones de eficacia justifiquen la organización y desarrollo de tales actividades en régimen de descentralización funcional que permita autonomía de gestión y mayor proximidad a la ciudadanía. Su creación no puede suponerla duplicación de los servicios públicos.

Se deben ajustar al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que les asigne la respectiva norma de creación y que, en todo caso, tendrán la consideración de fines y objetivos propios de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Estas entidades instrumentales 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.

El carácter de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia comporta para las entidades, de acuerdo con lo previsto en la legislación de contratos del sector público, la obligación de ejecutar las encomiendas o encargos que los poderes adjudicadores que los controlan y sus medios propios les realicen dentro del ámbito de su objeto social y en los términos fijados en sus estatutos.

Las encomiendas o encargos se retribuirán mediante las tarifas sujetas al régimen previsto en este artículo, y comportarán la facultad para el órgano que los efectúa de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución.

La consejería o departamento a que esté adscrita la entidad, o que tenga atribuida su tutela funcional, podrá dictar instrucciones sobre la forma de realización de los encargos, supervisará su realización y determinará las prioridades de actuación del medio propio en su realización, para lo cual deberá dársele traslado de las encomiendas efectuadas. En particular, cuando las encomiendas sean efectuadas por otros medios propios de la Administración de la Comunidad Autónoma que no estén bajo la tutela funcional de la consejería o departamento o adscritos a éstos, deberá autorizarlas previamente.

#### Creación, modificación y extinción de la entidades instrumentales del sector público autonómico

La creación de entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico, salvo los consorcios, requiere autorización por ley, que establecerá:

- a) El tipo de entidad que se crea.
- b) El objeto y fines generales de la entidad.
- c) El régimen jurídico general al que ajustará el desarrollo de su actividad.
- d) La consejería, departamento u órgano de adscripción.

Tras la ley que autorice la creación de una entidad instrumental, se procederá a su creación y a la aprobación de sus estatutos por decreto del Consejo de la Xunta, a propuesta de la consejería de adscripción, previo informe favorable de las consejerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda.

Por su parte, la creación de los consorcios autonómicos corresponde al Consejo de la Xunta, mediante decreto, y aprobar sus estatutos, a propuesta de la consejería.

La modificación de los estatutos de las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico se llevará a cabo por decreto del Consejo de la Xunta, a

propuesta de la consejería de adscripción, previo informe favorable de las consejerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda.

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, a falta de previsión expresa de ésta, por decreto del Consejo de la Xunta, a propuesta de la consejería de adscripción, previo informe favorable de las consejerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda. Las disposiciones anteriores determinarán el destino de los bienes, de los derechos y de las obligaciones de los organismos así como las medidas aplicables a los empleados del organismo que se suprime en el marco de la legislación reguladora de cada tipo de personal.

## **2.- LAS CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO DE GALICIA**

### **2.1.- 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 pueden considerarse como públicas 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 contenciosa 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 las 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 la 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.

## **2.2.- Las corporaciones de derecho público de Galicia**

El art. 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.

### **2.3.- 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 para sí de las cofradías, aquellas funciones 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, 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 art.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

### **3.- LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CAMARAS DE COMERCIO INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN**

#### **3.1.- 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, 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 art. 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 art. 3.2 de la Ley 2/1974 de colegios profesionales, por el art. 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 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, 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, por 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 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 para sí 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 Ley 11/2001 de 18 de setiembre, norma que ha sido objeto de modificación posterior por 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.

### **3.2.- 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 Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, 3/1993 de 22 de marzo.

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 le 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 tecnológicas 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 se determine, en su caso, por 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 adatarla a 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 de 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 desempeñadas 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 a 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.

### **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 sigs.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 sigs. 1996-1997.
- Rebollo Puig, Manuel: ***Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de***

**pescadores.** Universidad de Cordoba. Córdoba 1996.

- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: ***Principios de Derecho administrativo, Vol.I.*** Págs 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.

**JUAN JOSÉ GALLEGO FOUZ**

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 6**

**EL MUNICIPIO. POBLACIÓN MUNICIPAL,  
ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. LA  
PROVINCIA: ORGANIZACIÓN Y  
COMPETENCIAS. OTRAS ENTIDADES LOCALES**

## **TEMA 6. EL MUNICIPIO. POBLACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. LA PROVINCIA: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. OTRAS ENTIDADES LOCALES**

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 Concejál 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 .**

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 PROVINCIA: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS.**

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.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO

REVISADO Y ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA DA 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 1**

**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 1. 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 articulo por articulo. 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 articulo. 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, sera 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 sera 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, sera 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 2.**

**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 2. 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 estas 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 último, 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 3**

**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 3. 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. Recuérdese 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 límites, 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 dela 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 inobjectables 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, 17.<sup>a</sup> edición, y II, 14.<sup>a</sup> edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: Discrecionalidad administrativa y control judicial, Tecnos, Madrid, 1994.

## **TEMA 4**

# **LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**



## **TEMA 4. 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 sinnúmero 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 pudiese 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.

**L**

## **TEMA 5**

**EL ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. SEDE ELECTRÓNICA. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTIFICACIÓN. REGISTROS, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS**

## **TEMA 5. EL ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. SEDE ELECTRÓNICA. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTIFICACIÓN. REGISTROS, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS**

### **I. NORMATIVA DE APLICACIÓN NA COMUNIDADE AUTONOMA DE GALICIA.**

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 artículo 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" ha llegado con la aprobación de la Ley 11/2007 de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAESP), que, en su mayor parte tiene carácter de norma básica (cfr. su Disposición Final 1ª).

Más recientemente, esta base normativa estatal sobre la Administración electrónica ha sido 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".

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 recientemente, 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 artículo 8º a establecer algunos elementos normativos sobre la utilización de dichos medios electrónicos, informáticos y telemáticos”.

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 a la que antes hemos hecho referencia, 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.

Con la regulación de la “Administración electrónica” el ordenamiento jurídico se propone reconocer el “derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos” 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...” (art. 1,1 LAESP) y, todo esto, “asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que

gestiones en el ejercicio de sus competencias” (art. 1, 2 LAESP).

Entre los **finés que persigue la regulación de la Administración electrónica** (cfr. el art. 3 de la LAESP y art. 2 del DAEXG) –tanto de carácter general, en relación con los ciudadanos y en relación con la Xunta y sus organismos públicos- están los siguientes:

1. Facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos.
2. 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 dicho acceso.
3. Crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos.
4. Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general.
5. Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas mediante el uso de las tecnologías de la información, con las debidas garantías legales en la realización de sus funciones.
6. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales.
7. Contribuir al desarrollo de la sociedad de la información en el ámbito general.

El art. 4º de la LAESP establece una serie de **principios jurídicos que han de orientar la aplicación de la Administración Electrónica** y que, de forma resumida, son los siguientes:

- 1º.- “El respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la in-

formación y en sus normas de desarrollo, así como a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar” (art. 4, a)

2º.- el “Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos...” (art. 4, b)

3º) El “Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos ...” (...) “a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran” (art. 4, c) y art. 6, a) del DAEXG).

4º.- El “Principio de legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (art. 4, d)

5º.- El “Principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas al objeto de garantizar tanto la interoperabilidad de los sistemas y soluciones adoptados por cada una de ellas como, en su caso, la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos...” (art. 4, e)

6º.- El “Principio de seguridad en la implantación y utilización de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas, en cuya virtud se exigirá al menos el mismo nivel de garantías y seguridad que se requiere para la utilización de medios no electrónicos en la actividad administrativa” (art. 4, f).

7º.- El “Principio de proporcionalidad en cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones...” (art. 4, g)

8º.- El “Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las

informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos” (art. 4, h).

9º.- El “Principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas garantizando la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado...” (art. 4, i)

10º.- El Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa” (art. 4, j) y art. 6, b) de la DAEXG sobre austeridad y disciplina del gasto).

11º.- El “Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas” (art. 4, k).

Además de estos principios generales, el DAEXG añade al régimen de la Administración electrónica los criterios generales del “uso de la lengua gallega” (art. 6, c), la “promoción y difusión del uso de la Administración electrónica” (art. 6, d), el “ejercicio de la competencia (administrativa) mediante la actuación administrativa automatizada” (art. 6, e) y la “convergencia hacia la igualdad efectiva” (art. 7).

La LAESP reconoce a los ciudadanos, en su art. 6, 2, una serie de derechos que tienen que ver con la utilización de los medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos previstos en el art. 35 de la Ley 30/1992. En concreto, tales derechos son los siguientes:

a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas

b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consenti

miento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos.

- c) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas.
- d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.
- e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.
- f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.
- g) A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública.
- h) A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas.
- i) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.
- j) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.
- k) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

Asimismo, en virtud de la reforma operada en la LAESP por la normativa de libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (por la transposición de la llamada Directiva de Servicios), se reconoce a los ciudadanos a tramitar los procedimientos relativos a di-



cho servicios mediante vía electrónica y a través de una “ventanilla única” (cfr. art. 6, 3). De otra parte, como establece la Disposición Final 3ª de la LAESP, los derechos reconocidos en el citado art. 6º, “podrán ser ejercidos –en el ámbito de las Comunidades Autónomas- en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias”.

### **A “SEDE ELECTRÓNICA”.**

Se entiende por “sede electrónica”, “la dirección electrónica, a través de la cual los ciudadanos acceden a la información, servicios y trámites electrónicos, que representa una fuente de información auténtica en la que el organismo titular identificado con la sede garantiza responsablemente la integractualización de la información y los servicios a los que se pueda acceder a través de esta” (art. 8, 1 DAEXG y cfr. también el art. 10 de la LAESP). A su vez, dicha dirección electrónica en la Comunidad Autónoma de Galicia será accesible a través del portal [www.xunta.es](http://www.xunta.es)

A través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia se accederán a todos los contenidos que, por disposición legal o reglamentaria, deban estar incluidos –tal como prevé el art. 9 del DAEXG- en dicha sede como la identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede, su titular y su ámbito de aplicación, la posibilidad de acceso en gallego y en castellano de sus contenidos y servicios, información relativa a la estructura orgánica de la Xunta de Galicia, a la información necesaria para una correcta utilización de la sede, al sistema de verificación de los certificados de la sede, a la guía de procedimientos y servicios, al apartado de quejas y sugerencias, al acceso de forma personalizada a la Carpeta de ciudadano en el que se podrá consultar el estado de tramitación de los procedimientos, al “Diario Oficial de Galicia” (cfr. el art. 13 del DAEXG sobre su edición electrónica que sustituye a la impresa), a la verificación de los sellos electrónicos de los órganos u organismos públicos que abarquen la sede, a la comprobación de la autenticidad integral de los documentos emitidos por los órganos u organismos públicos que abarca la sede, a la indicación de la fecha y hora oficiales, a la información contenida en el Tablón de anuncios electrónicos de la Xunta de Galicia, A los expedientes sometidos al trámite de información pública y a la “plataforma de Contratos Públicos de Galicia”, e

La “sede electrónica” se distingue, a su vez, del “registro electrónico” y del “tablón de anuncios electrónico” ambos de la Xunta de Galicia. Así, el primero –en los términos establecidos en los arts. 24 y 25 de la LAESP-, el “registro electrónico de la Xunta de Galicia” será “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” (art. 11, 1 DAEXG). Y en cuanto al “tablón de anuncios electrónico de la Xunta de Galicia”, será también accesible en sede electrónica y contendrá “la notificación de los actos administrativos cuando las personas interesadas sean desconocidas, el lugar de la notificación no esté correctamente determinado o, intentada la notificación, ésta no se pueda practicar” (art. 12, 1 DAEXG).

Mediante Orden de 15 de septiembre de 2011 se aprueba 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).

## **IDENTIFICACIÓN E AUTENTICACIÓN.**

Una cuestión principal en las comunicaciones electrónicas entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas son las formas de identificación y autenticación para lo cual se admiten los sistemas de firma electrónica que sean conformes a la Ley estatal 59/2003 de Firma electrónica ya que “resultan adecuados para garantizar la identificación de los participantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos” (art. 13, 1 LAESP y 14, 1 del DAEXG).

En la normativa gallega se distinguen –y se admiten- **cuatro sistemas de firma electrónica:**

1º.- 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 y art. 14 de la LAESP).

2º.- los sistemas de “firma electrónica avanzada” (definida por en la letra m) del Anexo de definiciones de la LAESP), basados en certificados electrónicos reconoci-

dos, 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; y art. 15 de la LAESP).

3º.- 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 y art. 16 de la LAESP).

4º.- otros sistemas de identificación que resulten proporcionales y seguros para la identificación de las personas interesadas (art. 14, 2, d) DAEXG).

En todo caso, la Administración correspondiente debe de determinar en cada caso las formas de identificación que son precisas en cada caso (cfr. art. 14, 3 a 7 del DAEXG). Y con carácter general, la presentación de un documento electrónico por medio del Registro electrónico requerirá la firma electrónica del solicitante (cfr. art. 15, 1 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. En ella se recoge que el citado protocolo será de aplicación a todos los órganos y unidades de la Administración general y del sector público autonómico, ordenando a dichos órganos y entes que adopten una política de firma electrónica y certificados armonizada con el Esquema nacional de interoperabilidad, debiendo además concretar los procesos de generación, validación y conservación de las firmas electrónicas

En el Anexo de la citada norma se incluye el protocolo de identificación y firma electrónicas de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia. En virtud de esa norma los ciudadanos podrán utilizar en sus relaciones con los órganos y entes descritos los siguientes instrumentos de identificación.

- los sistemas incorporados al DNI , para personas físicas.

- Sistemas de firma electrónica avanzada , admitidos por las Administraciones Públicas que tengan validez para la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia y que se especifiquen en su sede electrónica.

- Otros sistemas de identificación :a) a través de las denominadas claves concertadas, basadas en un mecanismo de clave disociada compuesta por tres partes diferenciadas: el NIF del ciudadano, un código de acceso y un código de forma de un solo uso. b) A través de la información conocida por ambas partes, que consiste en la aportación por el ciudadano de determinados datos que le sean requeridos para la realización, por vía electrónica, de algunos trámites o actuaciones que no impliquen acceso o consulta de datos personales mas allá de los propios del procedimiento y de la identificación de la persona interesada a la que va referido dicho trámite o actuación. Estos datos solo serán conocidos por esa persona y la unidad administrativa responsable de la actuación o trámite.

En cuanto a la *autentificación de documentos*, dispone la Orden que los órganos y entes indicados aceptarán, con carácter general, los documentos electrónicos de un tercero incluidas las Administraciones Públicas, siempre que se pueda verificar su autoría e integridad a través de los medios técnicos disponibles.

Por último y en relación con la *firma electrónica*, respecto de la misma se atribuye a la entidad con competencias en materia de firma electrónica la responsabilidad de detallar la estructura y contenido básico que deben tener las firmas electrónicas generadas en cualquier sistema de firma electrónica de la Administración General y del sector público autonómico.

En desarrollo de esta Orden se dicta, por parte 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 y 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)) *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*. En esta resolución se adopta como política de firma electrónica y de certificados de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia la política de firma electrónica y de certificados de la Administración General del Estado, con algunas especificaciones. Deja al margen la firma electrónica realizada en el ámbito de la historia clínica y la receta electrónica que se ajustarán a lo dispuesto en la normativa de interoperabilidad nacionales y europeas en el ámbito sanitario.

## **REXISTROS, COMUNICACIONES E NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS.**

Se entiende por “documento electrónico”: la “información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado” (letra j) del Anexo de definiciones de la LAESP). Estos documentos han de disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un “expediente electrónico” o conjunto de documentos electrónicos que integran un procedimiento administrativo (cfr. art. 27, 1 DAEXG).

En cuanto a los “documentos electrónicos” cabe distinguir dos clases principales:

1º.- los “documentos administrativos electrónicos” (o dictados por una Administración Pública) que, como establece el art. 27, 2 del DAEXG deberán “ser expedidos y firmados electrónicamente mediante los sistemas de firma previstos en los arts. 18 a 20 de la LAESP” (sellos electrónicos, códigos seguros de verificación, firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas, etc.) y ajustarse a los requisitos de validez previstos por la Ley 30/1992 (cfr. art. 27, 2 DAEXG). En estos casos, la Xunta de Galicia y las Entidades dependientes han de garantizar la autenticidad, integridad, conservación y, en su caso, recepción por parte de la persona interesada de dichos documentos (cfr. art. 27, 3 DAEXG).

2º.- En cuanto a los documentos electrónicos o imágenes electrónicas de los documentos en soporte papel que pueden aportar al expediente las personas interesadas en un procedimiento, deben cumplir las condiciones establecidas en el art. 35

de la LAESP (utilización de la firma electrónica avanzada) y deberán ajustarse a los formatos y estándares aprobados para tales procesos en el protocolo de archivo y documentos electrónicos (cfr. art. 27, 4 DAEXG).

Sobre las “copias electrónicas de documentos electrónicos”, tanto de los emitidos por las personas interesadas en un procedimiento como por las entidades públicas, “tendrán –como dispone el art. 29 del DAEXG- inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en el art. 46 de la LAESP” siempre que se cumplan ciertos requisitos como que el documento electrónico original se encuentre en poder de la Xunta de Galicia o Entidad dependiente que obtiene la copia, o que la copia sea obtenida por quien sea competente conforme a derecho, o que la información de la firma electrónica permitan comprobar su coincidencia con el original (cfr. art. 29, 1 DAEXG).

Diferente es el supuesto de las copias electrónicas de documentos cuyo soporte original sea papel, en cuyo caso, se denomina “compulsa electrónica” que requiere una “digitalización” (se entiende por tal, como señala el art. 32, 1 del DAEXG, “el proceso tecnológico que permite mediante la aplicación de técnicas fotoeléctricas o de escaner convertir la imagen contenida en papel en una imagen digital fiel e íntegra”) previa con la posterior comprobación por la autoridad o personal funcionario habilitado a tal efecto que asegure la exactitud del documento digitalizado y que garantice la autenticidad e integridad de los documentos (cfr. arts. 29, 5 y 31 DAEXG).

En todo caso, como establece el art. 29, 6 del DAEXG, “las copias auténticas de documentos, con independencia de su formato original:

- a) Disfrutarán de la misma validez y efectos que los originales.
- b) Indicarán la circunstancia de ser copias auténticas de documentos originales y, en su caso, su fecha de caducidad.
- c) Podrán ser archivadas electrónicamente, incluyendo, en todo caso, la firma electrónica correspondiente”.

Por otra parte, el Decreto 198/2010 regula los “certificados administrativos por medios electrónicos”, disponiendo que “sustituirán progresivamente a los certificados en soporte papel” “sin perjuicio de las medidas que se adopten para garantizar la igualdad en el

acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas” (art. 30, 1). El certificado contendrá los datos objeto de certificación y la firma electrónica de la autoridad competente para expedirlo (cfr. art. 30, 2).

Finalmente, tanto la normativa estatal (art. 31 de la LAESP) como la gallega (art. 28 del DAEXG) regulan el “archivo electrónico de documentos”. Las entidades públicas que se someten al régimen de la Administración electrónica tienen que garantizar, tanto la “gestión de la documentación electrónica original, recibida, producida y gestionada en el desarrollo de sus procesos administrativos, y su conservación a lo largo del ciclo de su vida”, como los “derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición” conforme a la normativa de protección de datos (cfr. art. 28, 1 DAEXG). Los documentos públicos electrónicos archivados electrónicamente “se presumirán auténticos, fiables, íntegros y disponibles, en iguales condiciones que los documentos en otros soportes” (art. 28, 2 DAEXG), si bien es posible llevar a cabo un cambio del formato –sin alterar el contenido– que por razones técnicas se estime conveniente para proteger los documentos frente a su obsolescencia (cfr. art. 28, 3 DAEXG).

Las entidades responsables de la Administración electrónica han de velar por la adecuada conservación de los archivos y documentos electrónicos que se encuentren en su poder, evitando su destrucción o la imposibilidad de acceso a los mismos por razones de obsolescencia (cfr. art. 28, 4 DAEXG). Y, en cuanto al acceso a los documentos archivados por medios o soportes electrónicos ha de efectuarse conforme a lo previsto en el artículo 37º de la Ley 30/1992 y a la normativa de protección de los datos de carácter personal (cfr. art. 28, 6 DAEXG).

## **A XESTIÓN ELECTRÓNICA DOS PROCEDIMIENTOS.**

La gestión electrónica de los procedimientos administrativos está regulada en el Título III de la LAESP en el que se contienen diferentes criterios sobre la gestión electrónica de la actividad administrativa: respeto de la titularidad y el ejercicio de la competencia de las Administraciones Públicas (cfr. art. 33), la necesidad de realizar un “análisis de rediseño funcional y simplificación” de los procedimientos, procesos o servicios (cfr. art. 34), así como las especificaciones precisas para las fases de iniciación, instrucción y terminación de los procedimientos administrativos por medios electrónicos (cfr. arts. 35 a 39). 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 (ccfr. 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 algunos 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 Autómico 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.
- Aquello 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.
- Aquello 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 ór-

gano gestor para realizar esta operación el interesado estará obligada a aportarlos.

En cuanto a la *Habilitación de procedimientos administrativos y servicios*. Se entiende por Habilitación 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, 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.

Esta habilitación de procedimientos o servicios deberá llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías y procedimientos administrativos establecidos en la normativa general de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común , en la Ley 16/2010 de Organización y funcionamiento de la Administración general del sector autonómico de Galicia , en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En todo caso las disposiciones de carácter general que regulen procedimientos administrativos o servicios puestos a disposición de los ciudadanos , requerirán , con carácter previo a su publicación en el Diario Oficial de Galicia y en la sede electrónica de la Xunta de un informe tecnológico y funcional favorable emitido por los órganos con competencias horizontales en la materia de administración electrónica y simplificación de procedimientos administrativos. ( AMTEGA y Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa)

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.. Deberán cubrir una solicitud de habilitación o modificación en la que se recogerá la siguiente información: a) Identificación del procedimiento servicio que se pretende habilitar b) Plazo de presentación de solicitudes c)órgano responsable del procedimiento o servicio d)Indicación del objeto de la norma reguladora del procedimiento o servicio e)Relación de la documentación que deba presentarse para iniciar la tramitación f) Identificación de los canales habilitados para la realización del trámite o prestación del servicio g) Determinación de los sistemas de acreditación y firma electrónica aceptados y h) identificación del sistema de tramitación o gestión que da soporte a los procesos. A la solicitud se acompañará: a) Texto del proyecto de la norma

reguladora del procedimiento o servicio y b) Borrador de formulario normalizado que se publicará en el Diario Oficial de Galicia. 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 : a) la identificación del procedimiento o servicio y b) 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” es el “expediente electrónico” regulado en el art. 33 del DAEXG (cfr. también el art. 32 de la LAESP), que como define el art. 32, 1 de la LAESP, “es el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualesquiera que sea el tipo de información que contengan”. 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 identifica-

ción 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 mediante los sistemas previstos en los artículos 18º y 19º de la LAESP, y en los términos del artículo 32º.2 de la citada ley.

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.

## **INTEROPERABILIDAD Y SEGURIDAD.**

Como el sistema de la Administración electrónica se basa en la interrelación y comunicación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos de los entes públicos una de sus notas fundamentales es la llamada **"interoperabilidad"** que es definida por la letra o) del Anexo de la LAESP como la "capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos".

La LAESP regula con carácter general –en sus arts. 41 a 44- la cooperación en materia de interoperabilidad de los sistemas de información de manera que las Administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos y las demás Administraciones apliquen

“medidas informáticas, tecnológicas, organizativas y de seguridad, que garanticen un adecuado nivel de interoperabilidad técnica, semántica y organizativa y eviten discriminación a los ciudadanos por razón de su elección tecnológica” (art. 41 LAESP).

Como ya señalamos al principio, de acuerdo con lo establecido en el art. 42 de la LAESP, el RD 4/2010 reguló –teniendo en cuenta las Recomendaciones de la Unión Europea y la situación tecnológica de las diferentes Administraciones- el llamado “esquema nacional de interoperabilidad” que comprende el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deben ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad.

Por su parte, la regulación propia de Galicia prevé en esta materia la aprobación de un “protocolo de interoperabilidad” –que respetando lo establecido en el citado “esquema nacional de interoperabilidad”- garantice su aplicación sobre todas las Administraciones Públicas gallegas (cfr. art. 34 del DAEXG). En esta dirección, siguiendo lo recomendado por el art. 42,4 de la LAESP, se dispone la utilización por las Entidades públicas de Galicia de “estándares y especificaciones abiertas así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos, al objeto de garantizar la neutralidad tecnológica, la adaptabilidad al progreso de la tecnología y la independencia en la elección de alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por la Administración” (cfr. art. 36, 1 DAEXG).

Otra medida que contempla el Decreto 198/2010 –sobre el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia- es la creación un “mapa de la interoperabilidad de las Administraciones gallegas” con todos los datos precisos sobre condiciones de acceso y utilización de los servicios, datos y documentos en formato electrónico (cfr. art. 37 DAEXG), así como el fomento del establecimiento de infraestructuras y redes comunes interadministrativas de telecomunicaciones con las entidades públicas gallegas que faciliten la interoperabilidad entre ellas (cfr. art. 38 DAEXG).

Como ya hemos estudiado el citado protocolo se regula en la Orden de 6 de febrero de 2014 y la Resolución de la AMTEGA de fecha 22 de febrero de 2014, en esta última se adopta como política de firma electrónica y de certificados fr la Administración General y

del sector público autonómico la política de firma electrónica y de certificados de la Administración general del Estado con ciertas especificaciones, relativas a los formatos de los documentos y a las reglas de uso de algoritmos

Íntimamente relacionado con la nota de la interoperabilidad es la “**seguridad**” que también ha sido desarrollada por el RD 3/2010 que contiene el llamado “esquema nacional de seguridad” cuyo objeto es, como dice el art. 42, 2 de la LAESP, “establecer la política de seguridad en la utilización de los medios electrónicos” que persiguen la adecuada protección de la información. En esta dirección el art. 39, 1 del DAEXG precisa que la utilización de técnicas electrónicas informáticas y telemáticas por parte de las Entidades públicas que integran la Administración electrónica de Galicia “deberán incorporar medidas de seguridad, calidad y de control necesarias que garanticen la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información”.

Por último, cuando los documentos electrónicos -que se generen o comuniquen a través del sistema de Administraciones electrónicas- contengan datos de carácter personal, deben aplicarse las garantías previstas en la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, que constituye, a su vez el desarrollo del derecho fundamental contenido en el art. 18,4 de la Constitución Española.

Las Administraciones públicas recaban gran cantidad de datos personales de los ciudadanos y de sus empleados públicos que contienen una información que puede incidir en materias o datos sensibles, cuyo tratamiento informatizado requiera la aplicación de diferentes niveles de protección o medidas de seguridad (especificados en el RD 1720/2007 por el que se desarrolla citada la Ley Orgánica).

Los contenidos fundamentales del derecho a la intimidad informática se pueden concretar en los siguientes derechos:

- a) la necesidad del consentimiento personal para el tratamiento de los datos personales
- b) el derecho a conocer la existencia de ficheros donde se recojan los datos que les afectan a los ciudadanos
- c) el derecho de acceso al contenido de dichos ficheros

d) los derechos de rectificación y cancelación de los datos incorrectos o innecesarios.

e) la necesaria autorización personal para el cese a terceros de los datos personales que les conciernen (salvo los que manejan las Administraciones en el ejercicio de sus competencias y cuando se encuentre en fuentes accesibles al público).

## **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.

**FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA,**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

TEMA MODIFICADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA.

## **TEMA 6**

# **LA ATENCIÓN AL CIUDADANO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.**



## **TEMA 6. 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 7**

**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 7. 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 RPDGP).

### *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 RPDGP, 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 RPDCP).

## 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 RPDCP).

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 RPDCP) 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 RPDCP 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 negocial, 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 8**

**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 8. 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 results 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 ablatorio 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 9**

**LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVA: NATURALEZA,  
EXTENSIÓN Y LÍMITES. CAPACIDAD  
PROCESAL, LEGITIMACIÓN,  
REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. ACTOS  
IMPUGNABLES**

## **TEMA 9. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATURALEZA, EXTENSIÓN Y LÍMITES. CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. ACTOS IMPUGNABLES.**

### **1. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATURALEZA, EXTENSIÓN Y LÍMITES.**

#### **1.1. Introducción.**

El **artículo 9.1 de la Constitución Española** (en adelante CE) establece que *los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*. Uno de esos poderes es el poder ejecutivo, el cual se manifiesta a través de los diferentes actos de las administraciones públicas. Pues bien, el control judicial de estos actos se lleva a cabo a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo fundamento constitucional se encuentra en los artículos 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 103.1 (sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho) y 106 (control por parte de los tribunales de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación de la Administración).

La Administración pública conserva su privilegio de autotutela administrativa, con fundamento constitucional en el principio de eficacia recogido en el artículo 103.1 CE, pero también se encuentra vinculada positivamente al principio de legalidad, pues está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE) y debe actuar con sumisión plena a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE).

En consecuencia, se establece el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria, de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE). No obstante, este control:

- 1) Se produce normalmente a posteriori de la actuación administrativa, sobre una actuación ya consolidada en la vía administrativa.

2) Es un control jurídico, pues opera exclusivamente sobre la legalidad de la actuación administrativa debido al sometimiento pleno de ésta a la ley y al Derecho, pero no es un control político, no opera sobre el contenido político o de oportunidad que la Constitución reserva a los órganos políticos. En esta línea, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado que el juez no puede sustituir al Gobierno o a la Administración en el ejercicio de la potestad por éstos ejercitada, especialmente cuando se trata de una potestad discrecional; no obstante, debido a que el control judicial es jurídico, basado en Derecho, el juez puede, sin infringir el principio de separación de poderes, sustituir la declaración efectuada en vía administrativa por una propia cuando cuente con todos los elementos precisos para ello: a) en todo caso, en el ejercicio de las potestades regladas; b) y excepcionalmente, cuando la densidad de los criterios de Derecho aplicables y de los elementos reglados existentes en el caso específico, conducen a una única solución justa, aun cuando la declaración administrativa sea fruto del ejercicio de una potestad normativamente configurada como discrecional.

La ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA) entró en vigor el 14 de diciembre de 1998 y consta de una exposición de motivos, 6 títulos: el título I del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el título II de las partes, el título III del objeto del recurso contencioso-administrativo, el título IV del procedimiento contencioso-administrativo, el título V de los procedimientos especiales y el título VI de las disposiciones comunes a los títulos IV y V, 139 artículos, 8 disposiciones adicionales, 9 disposiciones transitorias, 2 disposiciones derogatorias y 3 disposiciones finales. Ha sido reformada en numerosas ocasiones, destacando las reformas operadas por las siguientes leyes:

- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.
- Ley 34/2010, de 5 de agosto.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.
- Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado.
- Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo.

## **1.2. Naturaleza.**

La jurisdicción contencioso-administrativa tiene un marcado carácter revisor, en el sentido de que necesita la existencia previa de una actuación de una Administración pública para entrar a examinar la corrección de dicha actuación administrativa. Siguiendo a Navarro Sanchiz, se puede afirmar que el procedimiento contencioso-administrativo no es un proceso entre partes sino un proceso al acto administrativo, donde el control judicial se produce *ex post facto*, una vez dictado el acto y, a menudo, desplegados sus efectos jurídicos, que la ley declara ejecutivos, sin existir la posibilidad de prevenir en el proceso administrativo el resultado lesivo de un acto futuro antes de haberse dictado, con la sola posible excepción de que se articulase como pretensión de plena jurisdicción respecto a un acto anterior impugnado.

En el procedimiento contencioso-administrativo no sólo cabe impugnar actos singulares sino también reglamentos, vía de hecho, ejecución de actos firmes, cumplimiento de obligaciones reconocidas y la inactividad administrativa, donde se acude a la ficción de que ese no-acto es un acto para salvar el principio revisor. La pretensión que se puede ejercitar frente al acto impugnado es, *prima facie*, la de nulidad, que se puede acompañar, bajo condición del éxito de aquélla, de pretensiones de plena jurisdicción. Su objeto lo constituyen las pretensiones que las

partes ejerciten con relación a esa actuación, pudiendo invocar motivos y alegaciones no invocados en la vía administrativa.

La naturaleza del orden jurisdiccional contencioso-administrativo viene determinada por las siguientes notas:

a) Es un orden jurisdiccional especializado. Una vez publicada la Constitución y consagrado en la misma el principio de la unidad jurisdiccional sin más posible excepción que la jurisdicción militar y limitada al ámbito estrictamente castrense (artículo 117.5 CE), no cabe duda que la jurisdicción contencioso-administrativa es una jurisdicción ordinaria especializada.

b) Se trata de un requisito procesal. La jurisdicción contencioso-administrativa funciona, además, como un presupuesto procesal, pues la pretensión que se ejercite ha de caer dentro del ámbito de actuación de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, al tener las normas que lo delimitan carácter necesario e imperativo; de ahí las reglas del **artículo 5 LJCA** conforme al cual:

1. *La jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable.*
2. *Los órganos de este orden jurisdiccional apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.*
3. *En todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará indicando siempre el concreto orden jurisdiccional que se estime competente; si la parte demandante se personare ante el mismo en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución que declare la falta de jurisdicción, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo las indicaciones de la notificación del acto o ésta fuese defectuosa.*

### 1.3. Extensión.

Para determinar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa es preciso determinar los elementos subjetivos (lo que ha de entenderse por Administración pública) y objetivos, tanto en sentido positivo (extensión) como negativo (límites).

#### A.- Elementos objetivos.

El **artículo 1.1 LJCA** determina que *la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende al conocimiento y resolución de todas 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.*

El citado precepto debe completarse con los artículos 1.2 y 1.3 LJCA que precisan que se ha de entender por administraciones públicas.

Y así, se establece en el **artículo 1.2 LJCA** lo que se entenderá a los efectos de la jurisdicción contencioso-administrativa, 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 eerecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales.*

Se trata de la determinación básica de las administraciones públicas que coincide con lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Y a mayores, **el artículo 1.3 LJCA** señala que también conoce 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.*

## **B.- Elementos subjetivos.**

De conformidad con el **artículo 2 LJCA**, la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende a las siguientes cuestiones:

*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.*

*b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas.*

*c) Los actos y disposiciones de las corporaciones de derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.*

*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.*

*e) 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 cuenten con un seguro de responsabilidad.*

*f) Las restantes materias que le atribuya expresamente una ley.*

#### **1.4. Límites.**

De conformidad con el **artículo 3 LJCA** quedan excluidos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa:

*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.*



No podemos acabar sin hacer una referencia a los denominados actos políticos del gobierno. La LJCA no recoge ya como exclusión de su ámbito los llamados "actos políticos del Gobierno" a que se refería la anterior ley de 1956.

En efecto, el artículo 2.b) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos políticos del Gobierno que, en cuanto tales, no serían susceptibles de control jurisdiccional, enumerando al efecto una serie de ellos a título ejemplificativo, no limitativo: los que afectaban a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar. La jurisprudencia había interpretado el concepto de acto político de forma restrictiva. Para que fuera aplicable la exclusión se consideraba necesario que concurrieran dos requisitos: subjetivamente, que el acto proviniera del Consejo de Ministros; objetivamente, que se tratara de medidas políticas que se proyectasen sobre asuntos trascendentes dentro del ámbito general. Con lo que el acto político se caracterizaría por la jerarquía y por la materia (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1985 o 1 de diciembre de 1992).

La exposición de motivos de la LJCA de 1998 dice que: *"La ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida 'per se' del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al Derecho"*.

Ahora bien, aunque la actual LJCA no utilice la expresión actos políticos, es cierto que el artículo 2.a) atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones *que se susciten en relación con 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.* Es decir, que en relación con los anteriormente denominados actos políticos la jurisdicción contencioso-administrativa controlará, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución de fondo: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes (como igualmente señala la exposición de motivos). Quedará pues exceptuado del control judicial el fondo de la resolución cuando legalmente pueda tener un contenido discrecional.

## **2. CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA.**

### **2.1. Capacidad procesal.**

Por capacidad procesal se entiende la aptitud abstracta para ser parte en cualesquier proceso judicial; en cambio, por legitimación se entiende la aptitud para ser parte en un proceso concreto y determinado.

Dicho lo anterior, de conformidad con el **artículo 18 LJCA** *tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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.*

*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.*

Con la amplitud de la capacidad procesal reflejada en el citado precepto, lo que se pretende es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, pueda verse privado del acceso a la justicia.

No podemos terminar el análisis de esta cuestión sin tener en cuenta que la personalidad reconocida por la Administración en vía administrativa no puede ser discutida en vía contenciosa, conforme a la reiterada jurisprudencia, entre otras, la STS 30 de junio de 1997, pues lo contrario supondría ir en contra de los propios actos de la Administración.

## **2.2. Legitimación.**

Las partes en el procedimiento son dos: parte demandante y parte demandada. La parte demandante es quien interpone el recurso y la parte demandada es contra quien se interpone el recurso, pudiendo hablar también en el primer caso de legitimación activa y en el segundo de legitimación pasiva.

La parte demandada es siempre la Administración pública, contra cuya actividad se dirija el recurso. Además también se considera parte demandada según el **artículo 21 LJCA** a *las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante y a las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.*

De conformidad con el **artículo 19 LJCA** la legitimación le corresponde a:

- a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.*
- b) 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.*
- c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para 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.*

*d) La Administración de las Comunidades Autónomas, 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.*

*e) Las entidades locales territoriales, 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.*

*f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la ley.*

*g) 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.*

*h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes.*

*i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre 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.*

*2. La administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la ley.*

*3. 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.*

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

*5. Tendrán legitimación para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, todas las personas mencionadas en el artículo 40.4 de la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva.*

En relación con la existencia de un interés legítimo que otorga legitimación y al que se refieren las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 19 LJCA, hay que tener en cuenta los parámetros establecidos por la jurisprudencia, destacando entre otras, la STS de 8 de junio de 2015 que establece: "Esta Sala se ha pronunciado en muy numerosas ocasiones sobre el contenido y alcance de concepto de legitimación activa, como requisito habilitante para intervenir como parte actora en los procesos seguidos en esta jurisdicción. En las sentencias de Pleno de 9 de julio de 2013 (recurso 357/2011) y 3 de marzo de 2014 (recurso 4453/2012), con cita de otras anteriores, hemos declarado que el concepto de

*legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "ad processum" y la legitimación "ad causam". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos". Pero distinta de la anterior es la legitimación "ad causam" que, de forma más concreta, se refiere a "la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor. Constituye la manifestación propiamente dicha de la legitimación y se centra en la relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio", por virtud de la cual esa persona puede intervenir como actor en un determinado litigio.*

*La cuestión básica para apreciar la concurrencia del requisito de legitimación en una determinada persona física o jurídica, se sitúa en la existencia de un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso-administrativo.*

*En las sentencias de esta Sala de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 173) (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5495) (recurso 391/2010), hemos señalado que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, "implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto."*

*En suma, definen las sentencias de esta Sala citadas el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, como "la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta".*

*Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 24 de mayo de 2006 (recurso 0957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004), que advierte que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, sino que habrá de indagarse en cada caso la presencia del interés legítimo de la parte, a cuyo fin sirve el proceso.*

*Para finalizar con este apartado sobre los criterios delimitadores del concepto de legitimación, cabe hacer referencia a la aplicación del principio pro actione en la interpretación de las causas que impiden un examen del fondo de la pretensión. El Tribunal Constitucional ha señalado que la apreciación de cuando concurre el presupuesto de la legitimación activa para recurrir es, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales, si bien "estos últimos quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no sólo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso" (por todas, SSTC 220/2001, 3/2004, 73/2004, 73/2006 y 67/2010), si bien, como añade la STC 23/2011 y las que en ella se citan, "el principio pro actione no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan."*

Y finalmente, como supuestos de no legitimación, **el artículo 20 LJCA** establece:

*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.*

### **2.3. Representación y defensa.**

En cuanto a esta cuestión, regulada en el artículo 23 LJCA, se distingue entre órganos colegiados y unipersonales. En los primeros, procurador y abogado son obligatorios; en los segundos, el procurador es potestativo y el abogado obligatorio.

El apartado 3 del mencionado precepto preveía la posibilidad de que los funcionarios públicos pudiesen comparecer por sí mismos en cuestiones de personal que no implicasen separación de empleados públicos inamovibles, pero este apartado ha sido derogado por la disposición final 2ª de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con lo cual, los funcionarios públicos quedan sometidos al régimen general de representación y defensa.

Por lo que atañe a la representación y defensa de las administraciones públicas y órganos constitucionales, el artículo 24 LJCA se remite a 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. Por lo que se refiere a nuestra Comunidad Autónoma, en este punto rige el Decreto 343/2003, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia (DOG de 8 de agosto de 2003).

### **3. ACTOS IMPUGNABLES.**

Por razón del objeto la LJCA establece cuatro tipos de recurso: el dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general; el recurso contra



la inactividad de la Administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

### 3.1 Recurso contra actos expresos o presuntos.

Establece el **artículo 25 LJCA** que cabe recurso *contra los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.*

Pero el **artículo 28 LJCA** impide formular recurso *contra actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.*

Requisito inexcusable para la interposición del recurso contencioso administrativo es el agotamiento previo de la vía administrativa ya que sin ello, el recurso será inadmisibile.

El plazo de interposición del recurso es el general de dos meses establecido en el artículo 46 LJCA contados desde el día siguiente al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el artículo 46 establece un plazo de seis meses, sin embargo cabe traer a colación, respecto de este plazo de seis meses para los actos presuntos, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en numerosos recursos de amparo, pudiendo traer a colación, entre otras, la STC 52/2014, de 10 de abril y que dice en relación con este tema:

*"Esa jurisprudencia viene insistiendo en que el silencio administrativo de carácter negativo es «una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración» (SSTC 6/1986, de 21 de enero, FJ 3; 204/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987, 204]; 63/1995, de 3 de abril [RTC 1995, 63]; 188/2003, de 27 de*

octubre [RTC 2003, 188], FJ 6; 220/2003, de 15 de diciembre [RTC 2003, 220], FJ 5; 14/2006, de 16 de enero [RTC 2006, 14]; 39/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 39]; 175/2006, de 5 de junio [RTC 2006, 175]; 186/2006, de 19 de junio [RTC 2006, 186]; 27/2007, de 12 de febrero [RTC 2007, 27]; 32/2007, de 12 de febrero [RTC 2007, 32]; 40/2007, de 26 de febrero [RTC 2007, 40]; 64/2007, de 27 de marzo [RTC 2007, 64]; 239/2007, de 10 de diciembre [RTC 2007, 239]; 3/2008, de 21 de enero [RTC 2008, 3]; 72/2008, de 23 de junio [RTC 2008, 72]; 106/2008, de 15 de septiembre [RTC 2008, 106]; 117/2008, de 13 de octubre [RTC 2008, 117]; 175/2008, de 22 de diciembre [RTC 2008, 175]; 59/2009, de 9 de marzo [RTC 2009, 59]; 149/2009, de 17 de junio [RTC 2009, 149]; 207/2009, de 25 de noviembre [RTC 2009, 207]; o 37/2012, de 19 de marzo [RTC 2012, 37], FJ 10, entre otras).

*En todas esas sentencias hemos reiterado que «ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración». Por eso hemos dicho también que la «ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y sí a la Administración a resolver, de forma expresa», la solicitud o el recurso presentado por aquél. «Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración» (STC 188/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 188], FJ 6, en un razonamiento reafirmado luego en incontables supuestos). Es decisiva la apreciación de que «la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, deber éste que entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE»*

*(SSTC 86/1998, de 21 de abril [RTC 1998, 86], FJ 5; 71/2001, de 26 de marzo [RTC 2001, 71], FJ 4, y 188/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 188], FJ 6).*

*Todas estas razones han dado lugar a la estimación de numerosos recursos de amparo que, de acuerdo con su configuración procesal, han permitido proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que habían sido perjudicados por actos concretos de los poderes públicos en los distintos procesos enjuiciados en cada caso (art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC [RCL 1979, 2383])."*

### **3.2 Recurso contra disposiciones de carácter general.**

Se establece en la LJCA el recurso directo e indirecto contra la impugnación de las disposiciones de carácter general pues de conformidad con el **artículo 26 LJCA** *"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."*

Y se unifica la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos «erga omnes». De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la ley introduce la cuestión de ilegalidad. Y así, el **artículo 27 LJCA** establece que: *"Cuando un juez o tribunal de lo contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada,*

*deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.*

*2. Cuando el juez o 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.*

*3. 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.”*

### **3.3. Recurso contra la inactividad de la Administración.**

De conformidad con el **artículo 29 LJCA** *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 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.*

*Y también 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.*

Este recurso se dirige a obtener de la Administración una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde

no juega el silencio administrativo, refiriéndose siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción.

El plazo para la interposición de este recurso es el general de 2 meses pero contados a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en el artículo 29 LJCA.

### **3.4. Recurso contra la vía de hecho.**

En este recurso, según el **artículo 30 LJCA** *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 recurso contencioso-administrativo.*

Mediante este recurso se pueden combatir las actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase, estableciéndose un requerimiento previo de carácter potestativo en sede administrativa.

Como especialidad de este recurso, hay que tener en cuenta el plazo de interposición fijado en el artículo 46.3 LJCA que lo fija en diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

### **BIBLIOGRAFÍA:**

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y legislación complementaria*, Colex, 2011; GONZALEZ PEREZ, J.: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, 2013; NAVARRO SANCHIZ, F.J.: *Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: algunas precisiones*, Elderecho.com; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La ley. Carácter revisor de*

la jurisdicción contencioso-administrativa: algunas precisiones, Elderecho.com reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, Iustel, 2010; VV.AA.: Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, Aranzadi, 2012; VV.AA.: Todo contencioso-administrativo, Ciss SA, 2012.

**NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 10**

# **RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**

## **TEMA 10. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**

### **RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

#### **1.Regulación y principios generales.-**

##### **1.1 Regulación.**

La regulación del sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones está integrada dentro de lo que podríamos llamar régimen estatutario de los empleados públicos. Este sistema se basa en la necesidad de aplicación como principio de carácter general de dedicación del personal al servicio de las administraciones públicas a un solo puesto de trabajo sin más excepciones que aquellas que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de aquellas actividades de carácter privado que no puedan menoscabar o impedir el estricto cumplimiento de sus deberes como personal al servicio de las administraciones públicas o menoscabar el cumplimiento de sus deberes o comprometer su independencia e imparcialidad.

El propio artículo 103.3 de la Constitución establece que la Ley regulará un sistema de incompatibilidad y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por parte de los empleados públicos. Asimismo, el artículo 149.1.18 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva para: "dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios" garantizándose en todo caso a los administrados un tratamiento común ante ellos.

La Ley 53/1984 de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas viene a cumplimentar el mandato de los artículos constitucionales citados y a su vez ha sido desarrollada por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los entes, organismos y empresas dependientes. A tenor de la disposición final primera las normas contenidas en la ley constituyen bases del régimen estatutario de la



función pública, a excepción de los artículos 17.1, disposición adicional quinta y disposición transitoria séptima.

La ley resulta de aplicación tanto al personal funcionario como al laboral y así en su artículo 2 se recoge: “La ley es de aplicación a todo el personal de la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”.

En esta materia el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), en su disposición final primera, modifica la Ley 53/84 incluyendo en su ámbito de aplicación al personal funcionario y laboral de todos los organismos públicos, fundaciones y consorcios. Y añade que no podrá reconocerse o autorizarse compatibilidad al personal directivo, incluido el sujeto de la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

## **1.2. Principios generales.-**

El personal al servicio de la Administración pública no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por si o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la ley.

No se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en la 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 de carácter constitucional, o que resulte de la aplicación de un arancel ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos de trabajo que resulten incompatibles.

En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de la ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, pública o privada, que pueda impedir o menoscabar cumplimiento de los deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de una pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio. La percepción de las pensiones indicadas quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones. Por excepción, en el ámbito laboral será compatible

la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

## **2. Actividades de carácter público.**

**Reglas.-** Solo se podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público:

a) Respecto de aquellas actividades que por razones de interés público, así lo determine el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, o por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus respectivas competencias. En este caso la actividad de carácter secundario solo podrá prestarse a tiempo parcial, entendiéndose por tal aquella que no supere las 30 horas semanales, en régimen laboral y con una duración determinada

b) Respecto del desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente como profesor universitario asociado en régimen de dedicación no superior al tiempo parcial (máximo 30 horas semanales), con duración determinada y cumpliendo las demás exigencias de la ley.

c) A los catedráticos y profesores titulares de universidad y a los catedráticos de escuelas universitarias podrá autorizarse cumplidas las exigencias de la ley, la compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público sanitario o de carácter exclusivamente investigador en centros públicos de investigación, dentro del área de especialidad de su departamento universitario y siempre que los dos puestos vengan reglamentariamente autorizados como de prestación a tiempo parcial.

d) Al personal al servicio de las administraciones públicas se le podrá autorizar excepcionalmente, la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación de carácter no permanente o de asesoramiento en supuestos concretos, que no correspondan con las funciones de personal adscrito a las respectivas administraciones públicas.

e) El personal al servicio de la Administración pública podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de cargos electivos siguientes:

-e.1) miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, salvo

que perciban retribuciones periódicas por el desempeño de la función o que por las mismas se establezca la incompatibilidad.

-e.2) miembros de las corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva.

En los supuestos comprendidos solo podrá percibirse la retribución correspondiente a una de las dos actividades, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones o asistencias que correspondan por la otra. No obstante, en los supuestos de miembros de corporaciones locales en la situación de dedicación parcial, se podrán percibir las retribuciones por tal dedicación siempre que las desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan en cada caso. La administración en la que preste sus servicios un miembro de la corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente la jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas.

*Requisitos y límites:* -Será requisito necesario para autorizar la compatibilidad de actividades públicas el que la cantidad total percibida por ambos puestos o actividades no supere la remuneración prevista en los Presupuestos Generales del Estado para el cargo de director general, ni supere la correspondiente al principal, estimada en régimen de dedicación ordinaria, incrementada en:

- Un 30% para los funcionarios del Grupo A o personal de nivel equivalente.
- Un 35% para los funcionarios del Grupo B o personal de nivel equivalente.
- Un 40% para los funcionarios del Grupo C o personal de nivel equivalente.
- Un 45% para los funcionarios del Grupo D o personal de nivel equivalente.
- Un 50% para los funcionarios del Grupo E o personal asimilado.

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 en base a especiales razones de interés para el servicio.

Los servicios prestados en el segundo puesto o actividad no se computarán a efectos de trienios ni derechos pasivos, pudiendo suspenderse la cotización a este último efecto. Las pagas extraordinarias, así como las prestaciones de carácter familiar, sólo podrán percibirse por uno de los puestos, cualquiera que sea su naturaleza.

En relación con el personal al servicio de las administraciones públicas que en representación del sector público pertenezca a consejos de administración u órganos de gobierno de entidades o empresas públicas o privadas, solo podrá percibir las dietas o indemnizaciones que correspondan por su asistencia a los mismos, ajustándose su cuantía al régimen general previsto para las administraciones públicas. Las cantidades devengadas por cualquier otro concepto serán ingresadas directamente por la entidad o empresa en la tesorería pública que corresponda. No se podrá pertenecer a más de dos consejos de administración u órganos de gobierno a los que nos hemos referido anteriormente, salvo que excepcionalmente se autorice para supuestos concretos mediante acuerdo del Gobierno, órgano competente de la Comunidad Autónoma o pleno de la corporación local correspondiente.

*Competencia para autorización de la compatibilidad.* Corresponde al ministerio competente por razón de la materia cuando la actividad principal esté adscrita a la Administración General del Estado. Los Delegados del Gobierno, en relación con el personal de los servicios periféricos de ámbito autonómico y los Subdelegados del Gobierno respecto del personal adscrito a servicios periféricos provinciales.

En el caso del personal de universidades, el órgano competente será el rector.

En el caso de que el puesto principal esté adscrito a una Comunidad Autónoma o una entidad local, la competencia corresponderá al órgano de la Comunidad Autónoma que se establezca en su normativa reguladora y, al pleno de la corporación local, respectivamente, previo informe favorable del órgano al que figure adscrito el segundo puesto.

El previo informe favorable a la adscripción del segundo puesto deberá ser emitido por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o el pleno de la corporación local o en el caso de tratarse de dos puestos de la Administración General del Estado se requiere informe de la subsecretaría del departamento al que corresponda el segundo puesto.

*Momento de solicitud de la autorización de compatibilidad.* Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a la ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrá de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión. A falta de opción en el plazo señalado se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando. Si se trata de puestos susceptibles de compatibilidad previa autorización que deberá instarla en los diez primeros días del aludido plazo de toma de posesión, entendiéndose éste prorrogado en tanto recae resolución. El plazo en que las solicitudes de compatibilidad se entenderán estimadas será de 4 meses, siempre que no se hubiera dictado resolución expresa.

### **3. Actividades de carácter privado.-**

#### **3.1 Actividades privadas que necesitan reconocimiento de compatibilidad.**

Se trata fundamentalmente del ejercicio de actividades profesionales, laborales o mercantiles, ya sean por cuenta propia o al servicio de entidades o particulares.

Al funcionario al que se le reconozca esta compatibilidad no podrá invocar o hacer uso de su condición pública para el ejercicio de la actividad mercantil, industrial o profesional.

No se podrá ejercer por sí o mediante sustitución actividades privadas incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo dependencia o servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad en la que estuviera destinado o prestase sus servicios.

Se exceptúan de tal prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.

No podrá reconocerse compatibilidad alguna para actividades privadas a quienes se hubiera autorizado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de las jornadas sea igual o superior a la máxima de las administraciones públicas.

### 3.2 Actividades privadas incompatibles.

En todo caso no se podrán ejercer las siguientes actividades:

- a) Las relacionadas directamente con las funciones que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado el empleado público.
- b) Las actividades privadas en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Especialmente resultan incompatibles las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.
- c) 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 que preste sus servicios el personal afectado.
- d) Desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios o con participación o aval del sector público cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas.
- e) Participación superior al 10% en capital de empresas o sociedades a que nos hemos referido en el apartado anterior.
- f) Actividades privadas 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, salvo que la actividad pública sea de prestación a tiempo parcial.

### 3.3 Actividades privadas excluidas:

Quedan excluidas del régimen de incompatibilidades las siguientes:

- a) Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar.
- b) La dirección de seminarios o dictado de cursos y conferencias en centros oficiales

destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de 75 horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que se determine reglamentariamente, con un máximo de 75 horas anuales.

c) La participación en tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en la Administración pública.

d) La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente corresponda, en la forma reglamentariamente establecida.

e) El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembros de juntas rectoras de mutualidades o patronatos de funcionarios, siempre que no esté retribuido.

f) La producción literaria, artística, científica o técnica, así como las publicaciones derivadas de aquellas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios.

g) La participación ocasional en congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

#### **4. Cláusulas generales.-**

El ejercicio de cualquier actividad compatible no servirá de excusa al deber de residencia, a la asistencia al lugar de trabajo que requiera el puesto o cargo, ni al atraso negligencia o descuido en el desempeño de las mismas. Las correspondientes faltas serán calificadas y sancionadas conforme a las normas que se contengan en el régimen disciplinario que resulte aplicable, quedando automáticamente revocada la autorización o reconocimiento de compatibilidad si en la resolución correspondiente se califica como falta grave o muy grave.

Los órganos a los que competa la dirección, inspección o jefatura de los diversos servicios cuidarán, bajo su respectiva responsabilidad, de prevenir o corregir, en su caso, las incompatibilidades en que pueda incurrir el personal.

Las resoluciones de compatibilidad se inscribirán en los registros de personal

correspondientes. Este requisito será indispensable para que puedan acreditarse haberes a los afectados por dicho puesto o actividad.

## **5. Infracciones:-**

a) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades constituye una falta muy grave.

2. El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades constituye una falta grave, siempre que no suponga mantenimiento de una situación de incompatibilidad.

En todo caso, la calificación de una falta como grave o muy grave en un expediente disciplinario, conllevará de forma automática la revocación de la autorización o reconocimiento de la compatibilidad.

## **LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**

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

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 procesode 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.

## **1. 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 respecto 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 regimen 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 Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1.ª: 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.ª: 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, perdióda 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)

## **2.- 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 RDL670/1987):

-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).

### **3.- EL 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 Mutuality 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.I.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). Respeto 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.ª: 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.ª: 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 11**

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA. DELITOS COMETIDOS POR LOS  
FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS  
LIBERTADES CONSTITUCIONALES.**



## **TEMA 11. 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 concurra 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 concurran 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 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 prevaleándose 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 prevaleándose 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 1.**

**LA UNIÓN EUROPEA. NATURALEZA. FUENTES  
DEL DERECHO EUROPEO: DERECHO  
ORIGINARIO Y DERECHO DERIVADO. LA  
INTEGRACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN  
ESPAÑA.**

## **TEMA 1. LA UNIÓN EUROPEA. NATURALEZA. FUENTES DEL DERECHO EUROPEO: DERECHO ORIGINARIO Y DERECHO DERIVADO. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN ESPAÑA.**

### **1. LA UNION 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.

La creación y desarrollo de la Unión Europea se enmarca así en el proceso de creación de organizaciones internacionales de carácter regional en el ámbito de la Europa occidental a partir de la segunda guerra mundial: organizaciones que constituyen un cauce permanente de relación entre los Estados del Occidente Europeo y que funcionan como elemento de cooperación económica, jurídica, política o militar entre sus Estados miembros. En este marco, la creación de las tres Comunidades Europeas tuvo como objetivo inmediato la integración económica de sus miembros, si bien manteniendo la aspiración de alcanzar, como fin último, la unidad política de Europa.

Tres son los hitos fundamentales en el origen de la Unión Europea:

- El Congreso de La Haya celebrado los días 7 a 10 de junio de 1948.
- La creación del Consejo de Europa por el Tratado de Londres de 5 de mayo de

1949.

- Y la declaración del ministro francés de Asuntos Exteriores Robert Schuman el 9 de mayo de 1950, que constituyó la primera piedra en el proceso de creación de la Unión Europea.

Los dos primeros hechos respondían a una estrategia semejante: el impulso de la unidad europea mediante la creación de instituciones políticas comunes a los Estados europeos, sobre la base de una ideología común. Ahora bien, en el caso de la declaración de Robert Schuman, en la que se exponía el planteamiento ideado por el ministro francés junto a Jean Monnet, el planteamiento era diferente: suponía crear el elemento de cohesión necesario para la unidad europea a partir del establecimiento de unas bases comunes de desarrollo económico, de manera que se desplaza el objetivo de la unión política por el objetivo de la integración económica.

Así, el plan Schuman, que perseguía la unificación de la industria europea del carbón y del acero, fue acogido favorablemente por Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo quienes, junto a Francia, crearon la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), mediante el Tratado de París de 18 de abril de 1951, y que entró en vigor el 23 de julio de 1952. Esta Comunidad se estableció por un período limitado de 50 años y se “integró” en la Comunidad Europea el 23 de julio de 2002 al expirar su Tratado constitutivo.

Tres años más tarde del Tratado de París, los ministros de asuntos exteriores de los estados miembros de la CECA analizaron en Messina la posibilidad de extender la experiencia en el sector del carbón y del acero al resto de las actividades económicas y al sector de la energía nuclear. Las negociaciones entre los seis Estados fructificaron en los Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957 mediante los que se crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom), que iniciaron sus actividades con la entrada en vigor de los dos Tratados el 1 de enero de 1958.

La fundación de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 supuso una nueva etapa en el camino hacia la integración política de Europa. Este Tratado, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, se autodenominó “*una nueva*

*etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”, y contiene el acto fundacional de la Unión Europea, aunque sin llegar a su completo desarrollo.*

La primera evolución de la Unión Europea se materializó con el Tratado de Amsterdam y el Tratado de Niza, que entraron en vigor el 1 de mayo de 1999 y el 1 de febrero de 2003, respectivamente. Estas reformas, que perseguían conservar la capacidad de actuación de la UE con vistas a una ampliación de quince a veintisiete o más miembros, no profundizaron, sin embargo, en la integración europea.

Precisamente, las críticas que ello suscitó determinaron un nuevo debate sobre el futuro de la UE y su configuración constitucional que desembocó en la Declaración sobre el futuro de la Unión Europea, aprobada por los Jefes de Estado o de Gobierno el 15 de diciembre de 2001 en Laeken (Bélgica). En dicha declaración la UE se comprometió a ser más democrática, transparente y eficaz y a abrir el camino a una Constitución.

El primer resultado de esta declaración fue el proyecto de “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, entregado al Consejo Europeo el 18 de julio de 2003, y que fue aprobado por los Jefes de Estado o de Gobierno, con ciertas modificaciones los días 17 y 18 de julio de 2004 en Bruselas. Ahora bien, el Tratado Constitucional de la Unión Europea fracasó en la fase de ratificaciones: fue rechazado en los referendos de Francia y en los Países Bajos.

Tras un período de reflexión de casi dos años, en 2007 se puso en marcha un nuevo paquete de reformas, que partía del abandono formal del enfoque de la constitución europea. En su lugar se elaboró un Tratado de Reforma, que introduce en los Tratados vigentes modificaciones para potenciar la capacidad de actuación de la UE en el interior y el exterior, reforzar la legitimación democrática y, en general, mejorar la eficacia de la actuación de la UE. Este Tratado de reforma se bautizó como Tratado de Lisboa y, tras las reuniones de 21 y 22 de junio de 2007, fue finalmente firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor, tras ciertas dificultades en su proceso de ratificación, el 1 de diciembre de 2009.

Mediante el Tratado de Lisboa se fusionan la Unión Europea y la Comunidad Europea para



formar una única Unión Europea. El término “Comunidad” se sustituye de forma universal por el concepto “Unión” y la Unión sustituye y sucede a la Comunidad Europea. Así, de acuerdo con 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 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.>>*

En los preceptos siguientes se recogen los valores sobre los que se asienta la Unión y sus objetivos:

<<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.>>*

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 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.>>*

## **2. NATURALEZA**

Para determinar la naturaleza jurídica de la Unión Europea es necesario conocer con carácter previo sus propiedades características. Estas se desprenden de dos sentencias fundamentales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea que, no obstante la fecha en que se dictaron (1963 y 1964) siguen siendo válidas para la Unión Europea en la actualidad:

- Asunto Van Gend & Loos (sentencia de 5 de febrero de 1963):

*"El objetivo del Tratado CEE, que es el establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes; [...] ha de llegarse a la conclusión de que **la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales**".*

- Asunto Costa/Enel (sentencia de 15 de julio de 1964):

Un año más tarde, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de profundizar en las consideraciones avanzadas en el asunto Van Gend & Loos acerca del carácter jurídico de la CEE:

*"A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados miembros de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así su cuerpo normativo aplicable a los nacionales y a sí mismos".*

Y, a la vista de estas consideraciones, concluye el Tribunal:

*"Al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; [...] la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del*

*comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”.*

A la vista de estas dos sentencias fundamentales del Tribunal de Justicia, cabe extraer los siguientes rasgos característicos de la naturaleza jurídica de la UE:

- 1) La **estructura institucional de la UE**, que garantiza que la formación de la voluntad en la UE atienda también a los intereses de la Unión que se recogen en los objetivos europeos.
- 2) La **transferencia de competencias a las instituciones de la Unión**, que va más allá de la que se produce en el caso de las demás organizaciones internacionales y se extiende a ámbitos reservados normalmente a los Estados.
- 3) El establecimiento de un **ordenamiento jurídico propio**, independiente de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.
- 4) La **aplicabilidad directa del Derecho de la Unión**, que implica que las disposiciones del Derecho de la Unión surtan pleno efecto de modo uniforme en todos los Estados miembros, concediendo derechos e imponiendo obligaciones tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos.
- 5) La **primacía del Derecho de la Unión** sobre los ordenamientos de los Estados miembros, de modo que se garantiza, por un lado, que el Derecho de la Unión no puede ser modificado ni derogado por la legislación nacional y, por otro, que en caso de conflicto, prevalece el Derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales.

En consecuencia, la Unión Europea se configura como una entidad autónoma de poder, con derechos de soberanía propios y con un ordenamiento jurídico independiente de los Estados miembros, al que están sometidos tanto éstos como sus ciudadanos, en los ámbitos de competencia transferidos a la UE.

Estas características de la UE ponen, así mismo, en evidencia, una serie de puntos

comunes y de diferencias con otras organizaciones de Derecho internacional de tipo ordinario, por una parte, y con estructuras de estados federales, por otra. Así:

- La UE no es una estructura acabada, sino un sistema en gestación, cuya apariencia definitiva aún no se ha determinado.
- Tiene en común con las organizaciones tradicionales de Derecho internacional el hecho de haber sido creada mediante un tratado internacional. Ahora bien, se aleja de las organizaciones internacionales ordinarias por cuanto se configura como una Unión independiente, provista de competencias y derechos de soberanía propios, en que los Estados han renunciado parcialmente a su soberanía sobre determinadas materias en favor de dicha Unión. Además, mientras en las organizaciones internacionales de corte ordinario los Estados transfieren tareas técnicas claramente delimitadas, en el caso de la UE le corresponden ámbitos de actividad que, en su conjunto, determinan la existencia de los Estados miembros.
- Estas diferencias con las organizaciones internacionales asemejan a la UE a una estructura estatal de tipo federal. Ahora bien, no puede identificarse con tal tipo de estructura por cuanto las instituciones de la UE sólo poseen las competencias establecidas para alcanzar los objetivos que se recogen en los Tratados de La Unión y tan sólo en determinadas materias: la UE carece de la competencia universal que caracteriza a un Estado así como de la facultad para dotarse autónomamente de nuevas competencias.

A la vista de todo lo expuesto podemos concluir que la UE no es una organización internacional clásica ni tampoco una estructura estatal, sino que se configura como una entidad de poder, a medio camino de estos dos modelos tradicionales de organización, denominada por este motivo “organización supranacional”.

### **3. FUENTES DEL DERECHO EUROPEO: DERECHO ORIGINARIO Y DERECHO DERIVADO.**

La UE es un fenómeno del Derecho por cuanto es una creación del Derecho y, al mismo

tiempo, es una comunidad basada en el Derecho, pues persigue sus objetivos utilizando exclusivamente el Derecho.

El Derecho Comunitario, se configura, de acuerdo con lo indicado en cuanto a la naturaleza de la Unión, como un *tertium genus* entre el Derecho propio de un Estado y el Derecho Internacional, caracterizado por los dos principios básicos que ya hemos enunciado:

- El principio de primacía del Derecho comunitario, que establece que las autoridades de un Estado miembro no deberán aplicar una norma nacional contraria al Derecho comunitario (Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*).
- El principio de efecto directo del Derecho comunitario, sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, que supone que el Derecho comunitario crea derechos en favor de los particulares, que pueden alegarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios.

Junto a estos dos principios fundamentales, es necesario hacer referencia a la aplicabilidad inmediata, que se distingue del efecto directo. 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» al Derecho comunitario (Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978).

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 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.

Desde una perspectiva afín, incluso se efectúa una clasificación más simple de las fuentes, distinguiendo únicamente entre Derecho primario y Derecho derivado.

El Derecho primario, también llamado fuente primaria o Derecho originario, sería el Derecho supremo de la Unión, y está situado en la cumbre de la pirámide del Ordenamiento jurídico europeo. Incluye esencialmente los Tratados constitutivos de las Comunidades y de la Unión Europea (hoy TUE y TFUE). Prevalece sobre cualquier otra fuente del Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia está encargado de hacer respetar esta prevalencia mediante distintos recursos, como el recurso de anulación (artículo 230 del TCE -263 TFUE-) y la cuestión prejudicial (artículo 234 del TCE -267 TFUE-).

El bloque del Derecho primario está formado así por el conjunto de los Tratados fundacionales, modificados y adaptados por distintos Tratados y actos.

Los Tratados «fundacionales» y constitutivos de las Comunidades Europeas y de la Unión son:

- \* Tratado de París (18 de abril de 1951);
- \* Tratados de Roma (Tratado Euratom y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea) (25 de marzo de 1957);
- \* Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht, 7 de febrero de 1992).

Los Tratados modificativos son:

- + Acta Única Europea (17 y 28 de febrero de 1986);
- + Tratado de Ámsterdam (2 de octubre de 1997);
- + Tratado de Niza (26 de febrero de 2001);
- + Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007).

Los Tratados complementarios, que aportan modificaciones sectoriales a los Tratados

fundacionales, son:

- > Tratado de «fusión de los ejecutivos» (8 de abril de 1965);
- > Tratado por el que se modifican varias disposiciones presupuestarias de los Tratados comunitarios (22 de abril de 1970);
- > Tratado de Bruselas, por el que se modifican determinadas disposiciones financieras de los Tratados comunitarios y que crea el Tribunal de Cuentas (22 de julio de 1975);
- > «Acto» relativo a la elección de los representantes del Parlamento por sufragio universal directo (20 de septiembre de 1976).

Los Tratados de adhesión serían:

- # Reino Unido, Dinamarca, Irlanda y Noruega (22 de enero de 1972) –aunque Noruega no consumaría la adhesión-;
- # Grecia (28 de mayo de 1979);
- # España y Portugal (12 de junio de 1985);
- # Austria, Finlandia, Noruega (*non nato*) y Suecia (24 de junio de 1994);
- # Chipre, Estonia, Hungría, Malta, Polonia, Letonia, Lituania, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia (16 de abril de 2003);
- # Rumanía y Bulgaria (25 de abril de 2005).

Los Actos de adhesión de Noruega, de 22 de enero de 1972 y 24 de junio de 1994, nunca entraron en vigor. El 1 de febrero de 1985 se firmó un tratado que creaba un estatuto específico para Groenlandia.

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 y de julio de 2002, para regular las cuestiones derivadas de su extinción.

En lo que atañe a los compromisos concluidos entre los Estados miembros:

\* anteriores al Tratado de Roma: en principio, dejan de ser aplicables. En este caso, los compromisos se contemplan en el régimen de sucesión de los tratados previsto en Derecho internacional. A título excepcional, el artículo 306 del Tratado CE -350 TFUE- autoriza expresamente determinadas asociaciones regionales entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos;

\* posteriores al Tratado de Roma: están sometidos a la obligación general de lealtad. Con arreglo al mismo, los Estados se abstendrán de adoptar cualquier medida que pudiera poner en peligro la realización de los fines del Tratado CE.

Por lo que concierne a los compromisos concluidos por los Estados miembros con terceros países:

+ anteriores al Tratado de Roma: los derechos de terceros se preservan con arreglo al artículo 307 del Tratado CE -351 TFUE- y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia *International Fruit Company*, de 12 de diciembre de 1972). Es decir, estos acuerdos son oponibles a la Comunidad con motivo del traspaso de competencias de los

Estados hacia ella. A título excepcional, los derechos derivados de los acuerdos que sean incompatibles con el Tratado CE no son oponibles;

+ posteriores al Tratado de Roma: se reconocen como válidos salvo dos excepciones: si el Estado sobrepasó sus competencias (si la Unión dispone de una competencia que el Estado no respetó) y si el acuerdo viola la obligación general del principio de lealtad.

En cuanto a las fuentes de Derecho comunitario derivado, cabe distinguir entre actos unilaterales y actos convencionales:

En primer lugar, los actos unilaterales pueden clasificarse en dos categorías:

- los que figuran en la nomenclatura del artículo 249 TCE (288 TFUE): el reglamento, la directiva, la decisión, el dictamen y la recomendación;
- los no designados nominativamente en el anterior precepto; 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.

Si seguimos a KLAUS-DIETER BORCHARDT en su obra sobre "*El ABC del Derecho comunitario*", las fuentes del Derecho comunitario serían:

## 1. Derecho primario

— Tratados constitutivos

— Principios jurídicos generales

## 2. Acuerdos de Derecho internacional de la CE

## 3. Derecho derivado

- Reglamentos (de aplicación)
  - Directivas
  - Decisiones generales e individuales
4. Principios generales de Derecho administrativo
5. Convenios entre los Estados miembros.

Para Borchardt, la primera fuente del Derecho que cabe señalar son los tres Tratados constitutivos, incluidos sus anexos, apéndices y protocolos, así como sus complementos y modificaciones posteriores, es decir, los actos de creación de la CE y de la UE. Los Tratados constitutivos, así como los complementos y modificaciones posteriores, sobre todo el Acta Única Europea, los diversos tratados de adhesión y el Tratado de la Unión Europea reflejan los principios jurídicos fundamentales relativos a los objetivos, la organización y el funcionamiento de la CE, así como parte de la legislación económica.

De esta forma establecen el marco constitucional de la CE que deben llenar de contenido, en interés de la Comunidad, las instituciones comunitarias dotadas de competencias legislativas y administrativas. Todo este cúmulo de normas compone el Derecho *comunitario primario*.

El Derecho creado por las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias en virtud de los Tratados se denomina Derecho *comunitario derivado*, la segunda gran fuente del Derecho de la CE. Está formado en primer lugar por los actos jurídicos contemplados y definidos en los artículos 249 del Tratado CEE -288 TFUE- y 161 del Tratado CEEA, más el artículo 14 del extinto Tratado CECA. En su calidad de *actos jurídicos* vinculantes contienen tanto normas jurídicas y directrices generales y abstractas, como medidas concretas e individuales. Asimismo contemplan la adopción de *declaraciones no vinculantes* de las instituciones comunitarias.

Esta relación no es exhaustiva, pues el Derecho comunitario derivado comprende otros actos jurídicos que no pueden catalogarse en la misma. Entre ellos figuran sobre todo aquellos que regulan el régimen interno de la CE o de sus órganos, como en el caso de las

normas o convenios adoptados de común acuerdo entre las instituciones, o los reglamentos internos de estas últimas. Cabe señalar asimismo la elaboración y anuncio de los programas de acción de la CE.

Sobre los tratados, dice Borchardt que son fuente del Derecho y está vinculada al papel de la CE en el plano internacional. A tal fin, la CE celebra acuerdos internacionales con los «países no pertenecientes a la Comunidad» (denominados *terceros países*) y otras organizaciones internacionales, que van desde los tratados de cooperación de amplio alcance en los ámbitos comercial, industrial, social o técnico, hasta los acuerdos comerciales en torno a determinados productos.

Tres formas de relación contractual de la CE con terceros países merecen una atención especial:

A) Los acuerdos de asociación.

La asociación trasciende en gran medida las cuestiones de política puramente comercial y tiende a una estrecha cooperación económica, con un amplio apoyo financiero de la CE a la otra parte contratante (artículo 310 TCE -217 TFUE-). Existen tres formas de acuerdos de asociación:

- Acuerdos para el mantenimiento de vínculos especiales de algunos Estados miembros de la CE con terceros países.
- Acuerdos para la preparación de una posible adhesión y para la constitución de una unión aduanera:

La asociación también sirve para preparar una posible adhesión de un país a la UE. Es, por así decirlo, una fase previa de la adhesión, en la que se intenta una aproximación de las condiciones económicas del país candidato a las de la UE. Este procedimiento demostró su utilidad en el caso de Grecia, que se asoció a la CE en 1962. La asociación debe ayudar asimismo a cumplir, en un período razonable, los requisitos de la deseada adhesión a la UE, tanto en el aspecto económico como en el de política exterior.

- El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE):

El Acuerdo sobre el EEE abre al resto de los Estados de la AELC (Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza) las puertas del mercado interior de la CE y representa, en virtud del compromiso de adoptar casi dos tercios del Derecho comunitario, un fundamento seguro para una posible adhesión posterior de estos países a la UE. Dentro del EEE, y sobre la base del Derecho comunitario primario y derivado vigentes, debe realizarse la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, establecerse un régimen uniforme en materia de competencia y ayudas estatales, así como intensificarse la cooperación en el ámbito de las políticas horizontales y paralelas (por ejemplo, protección del medio ambiente, investigación y desarrollo, y educación).

#### B) Acuerdos de cooperación.

Los acuerdos de cooperación no van tan lejos como los de asociación, ya que tienen como único objetivo una intensa cooperación económica. Dichos acuerdos vincularon en su día a la CE con los Estados del Magreb (Marruecos, Argelia y Túnez), los Estados del Mashrek (Egipto, Jordania, Líbano y Siria) y con Israel, entre otros.

#### C) Acuerdos comerciales.

Por último, existen numerosos acuerdos comerciales celebrados con diversos terceros países, grupos de éstos o en el marco de organizaciones comerciales internacionales en el sector aduanero y de política comercial. Los acuerdos comerciales más importantes a escala internacional son el *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (OMC), y los acuerdos multilaterales celebrados en su marco, de los cuales mencionaremos los más significativos: el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT, 1994), los *Códigos antidumping y sobre subvenciones*, el *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* (GATS), los *Convenios sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* (ADPIC) y el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*.

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. El Derecho comunitario escrito, que esencialmente sólo regula situaciones económicas y sociales, no puede cumplir más que parcialmente este cometido, por lo cual los principios generales del Derecho representan una de las fuentes más importantes del Derecho comunitario. Con ellas se puede colmar las lagunas existentes o desarrollar el Derecho vigente mediante su interpretación acorde con el principio de equidad.

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

---

<sup>1</sup> Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, de 30.3.2010.

y resoluciones jurídicamente relevantes que emanen de las Instituciones 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 Sentencia del Tribunal de Justicia de 23.02.1988, 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. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27.02.92, 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 15.06.1994, 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 01.02.1971, 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:

- 31.03.1971: Asunto 22/1970, Comisión vs. Consejo. Rec. 1971, p. 277.
- 05.06.1973: Asunto 81/1972, Comisión vs. Consejo. Rec. 1973, p. 584.
- 11.11.1981: Asunto 60/1981, IBM vs. Comisión. Rec. 1981, p. 2.651.
- 09.10.1990: 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.

GUY ISAAC, en su “*Manual de Derecho Comunitario General*” prefiere ubicar los actos atípicos bajo el epígrafe de *actos comunitarios no enumerados* -se sobreentiende que no enumerados por el Derecho originario-, distinguiendo dos categorías:

\* *Actos atípicos con denominación típica*, es decir, con denominación anfibológica o equívoca. Por tanto se trataría de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes no encuadrables en el artículo 249 TCE (288 TFUE) o afines del Derecho primario, ya que aquellos actos adolecen del procedimiento de aprobación, naturaleza y efectos de sus homónimos actos típicos. En esta categoría se situarían pues los

*reglamentos* de régimen interior de los que hablaría Jean-Victor Louis o los antiguos *reglamentos* financieros.

Una nota clara para su diferenciación es que la aplicación de los mismos no viene condicionada a su publicación previa. También las *recomendaciones* que la Comisión dirige al Consejo para obtener un mandato negociador internacional, o las *directrices* que el Consejo le impone a la Comisión para conducir sus negociaciones internacionales.

Evidentísimo es el supuesto de las *decisiones* atípicas, que en los textos comunitarios en lengua alemana se denominan *Beschlüsse* (i.e. decisiones *sui generis*), en contraposición a las *Entscheidungen* (decisiones típicas y formales). Las *Beschlüsse* se diferencian porque carecen de destinatarios y por lo tanto no están sujetas a las normas de notificación, siendo los actos atípicos anfibológicos más empleados y diversos en su objeto material. Así, algunas *Beschlüsse* están en la cúspide del Derecho comunitario derivado, por encima incluso de los reglamentos de base y con indudable alcance normativo general. Resulta muy significativo que con estas decisiones *sui generis* se pueda *de facto* modificar disposiciones institucionales del Tratado (v.gr. el acuerdo de 30.03.1981, que modificó el número de jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia, o los ya vistos que redelimitan el ámbito de aplicación de los Tratados -p.e. extensión del FSE a los Departamentos franceses de ultramar y la determinación del elenco de material de guerra-).

Otras *Beschlüsse* o decisiones *sui generis* son adoptadas por el Consejo sobre la base de habilitaciones genéricas (p.e. el manido artículo 308 TCE -352 TFUE-) o imprecisas, como la *decisión* (acuerdo) de 29.12.1981 (DOCE L 379, de 31.12.1981), "*basada en los Tratados*" (sic), relativa a las actividades de pesca y tomada con carácter provisional en espera de la adopción de las medidas definitivas.

Equívocamente también hay *Beschlüsse* sin alcance normativo, como las que constituyen organismos de apoyo (p.e. *decisión* del Consejo de 18.02.1974 por la que se crea el Comité de Política Económica -DOCE L 63, de 05.03.1974-), o aprueban estatutos (p.e. el estatuto del Comité del FSE, aprobado por *decisión* de 25.08.1960 -DOCE L 56, de 31.08.1960-).

En el caso del Parlamento la diferencia es muy nítida ya que, p.e., la *decisión* por la que aprueba la gestión de la Comisión -dentro del procedimiento de aprobación de los presupuestos comunitarios- sólo tiene alcance interinstitucional (artículo 276 TCE -319 TFUE-), distinta de la Decisión de aprobación definitiva del presupuesto (artículo 272 TCE -314 TFUE-), que tiene efectos *ad extra* del juego interinstitucional, ya que genera derechos y obligaciones para los Estados miembros.

\* *Actos atípicos sin denominación típica*: Aquí se agruparían los actos de las Instituciones no previstos nominalmente en los Tratados, y cuya riqueza léxica resulta inmensa pues hablamos de *resoluciones, deliberaciones, conclusiones, declaraciones, comunicaciones, directrices, programas, acciones, proyectos, iniciativas*, etc. A pesar de su equivocidad y de la posible tergiversación de los mecanismos institucionales, el Tribunal de Justicia ha admitido la procedencia y legitimidad de esos actos en las sentencias *Manghera*, de 03.02.1976 (asunto 59/1975. Rec. p.91), y *Defrenne*, de 08.04.1976 (asunto 43/1975. Rec. p.455).

El Consejo es la Institución que más diversa tipología emplea, aunque el contenido normativo de sus actos es difuso pues su cometido fundamental es fijar programas de acción política, aunque de indubitada trascendencia positiva (p.e. la *resolución* de 11.05.1966, que resolvió el contencioso de la financiación de la Política Agrícola Común, tras la llamada *crisis de la silla vacía*, y que relanzó el proyecto integracionista de la Comunidad Económica Europea, o la *resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros* de 22.03.1971, relativa a la aplicación progresiva de la Unión Económica y Monetaria, popularmente conocida como *Plan Werner*).

Por su parte, la Comisión suele recurrir a los actos atípicos que ella denomina *comunicaciones*, que tienen alcance general en los ámbitos en los que posee una potestad ejecutiva o de policía administrativa para, mediante éstas, precisar públicamente la doctrina o pautas que estima que debe seguir en el recto ejercicio de su poder discrecional. Algunas de esas *comunicaciones* se presentan como simples dictámenes de carácter general. Su alcance jurídico sería indirecto, a través de la exigible responsabilidad de la Comunidad por aplicación del principio general de confianza legítima y la doctrina de los propios actos (*Venire contra proprium factum*



*nulli conceditur - Nemini licet adversus sua facta venire / Venire contra factum proprium non valet*). En este sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia *Compagnie Continentale France*, de 04.02.1975, asunto 169/1973. Rec. p.117).

Un caso peculiar sería el de las *comunicaciones-directrices* de la Comisión, asimilables a las *directivas* del Derecho administrativo francés, que vincularían jurídica e irremisiblemente a su prescriptor. Con ellas la Comisión manifiesta públicamente su inequívoca voluntad de observar ciertas conductas o de mantener una determinada interpretación de un texto positivo, supeditando posibles excepciones a la aparición de fenómenos o hechos novedosos e imprevisibles.

Singulares serían también las *declaraciones comunes a varias Instituciones*, por las que éstas adquieren compromisos recíprocos, p.e. el *acuerdo* interinstitucional de 29.06.1988 sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario (DOCE L 185, de 15.07.1988). Conviene recordar que al anular una Decisión del Consejo por violar un *acuerdo* entre éste y la Comisión, el Tribunal de Justicia (Sentencia de 19.03.1996, asunto C-25/1994, *Comisión vs. Consejo*) ha reconocido plena fuerza jurídica a dichos acuerdos interinstitucionales.

Tal vez esta variedad nominal de actos atípicos obedezca al inconfesable e imposible intento de escapar del poder de revisión jurisdiccional -según la clásica teoría de los *actos políticos*- y a la existencia de lagunas o zonas grises en los Tratados, que previendo la competencia de una Institución no precisan qué tipo de acto se corresponde con su ejercicio, de modo que, para evitar errores, se opte por un *tertium genus* (p.e. la decisión del Parlamento Europeo de 09.03.1994, sobre el Defensor del Pueblo Europeo).

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.>>

#### **4. LA INTEGRACION 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 C.E. (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 C.E.) 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 1.º). 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, formas de articulación (por ejemplo, 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 1.754 como el 1.755 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 1.728/1987 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 ella, 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 2.º, 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 C.E.). 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 1.754 y 1.755 de 1987 atribuyen *in toto* la designación a los Ministerios de Sanidad y Agricultura, el Real Decreto 1.728/1987, en cambio, prevé que esa designación tenga lugar «previa propuesta de las Comunidades Autónomas», determinando así no sólo que 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 adecúa 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 1.754 y 1.755 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 1.728/1987 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 1.754 y 1.755 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, pueden 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 [F.J. 3].
- b) La dimensión exterior de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 C.E. 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 [F.J. 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 [F.J. 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 C.E., 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 [F.J. 3].

**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 MENA**

Letrada da 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 2**

**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 2. 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.**

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 3.**

**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 3. 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 1**

**EL CONTROL PRESUPUESTARIO. CONCEPTO.  
NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.  
CLASES. EL CONSEJO DE CUENTAS**

## **TEMA 1. 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 artículo 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 2**

# **LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA FUNCIÓN INTERVENTORA**

## **TEMA 2. 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 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 lumbares.
- 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 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. MODIFICACIÓN,  
SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE  
TRABAJO.**

### **TEMA 3. EL CONTRATO DE TRABAJO. CONCEPTO. NATURALEZA. SUJETOS. FORMA. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

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 causa 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 concurren 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.

## **MODIFICACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

La relación laboral existente entre empresario y trabajador, en virtud del acuerdo suscrito entre los mismos, materializado a través del contrato de trabajo, puede verse afectada a lo largo de su ejecución, al prever el ET la posibilidad de modificación de este, bien mediante el ejercicio del ius variandi del empresario, bien incluso mediante la modificación sustancial de sus condiciones en su artículo 41 o al regular la movilidad geográfica.

### Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Artículo 41 ET.

En relación a esta cuestión, el ET ha experimentado una importante novedad por medio de la modificación operada en este precepto por la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

En relación a estas, el ET prevé que la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y 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 dispone el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a:

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.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el período de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 del artículo 41, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre

disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará 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 las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.

En defecto de lo previsto en el párrafo anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su

representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2.<sup>a</sup> Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que



no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

3.<sup>a</sup> Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

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 de modificación sustancial de condiciones de trabajo. 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.

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.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el 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.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo.

La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Contra estas decisiones se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.

Por último, el artículo 41 prevé que *"En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley"*, lo que lleva al tratamiento de la movilidad geográfica.

#### Movilidad geográfica. Artículo 40 ET.

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. Se consideraran 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, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Notificada la decisión de traslado, 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 concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevos traslados se considerarán efectuados en fraude de ley y serán declarados nulos y sin efecto.

En cuanto al período de consultas debe señalarse que el traslado al que nos acabamos de referir 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 referidas se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista anteriormente. 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 del artículo 40 ET.

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.

Además, señala el apartado 3 y 3 bis del artículo 40 ET que 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 así como que 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.

Del mismo modo, para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, 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.

El apartado 4 señala, en relación a los desplazamientos, que *“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”*.

En tales casos 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 en el apartado 1 de este artículo 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 en esta Ley para los traslados.

Por último, como cláusula de cierre prevé el ET que 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.

#### Movilidad funcional. Artículo 39 ET.

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. Estas acciones serán 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.

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 previstos en el artículo 39 ET 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.

### **Suspensión del contrato**

La suspensión del contrato de trabajo supone la interrupción de la prestación, sin ruptura del vínculo. El artículo 45 del ET dispone que en su apartado 1 que *"El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:*

- a) Mutuo acuerdo de la partes.*
- b) Las consignadas válidamente en el contrato.*
- c) Incapacidad temporal de los trabajadores.*
- d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o 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 su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.*
- e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.*
- f) Ejercicio de cargo público representativo.*



- g) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.*
- h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.*
- i) Fuerza mayor temporal.*
- j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.*
- k) Excedencia forzosa.*
- l) Por el ejercicio del derecho de huelga.*
- m) Cierre legal de la empresa.*
- n) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”.*

En cuanto las excedencias habremos de estar al régimen previsto en el artículo 46 ET, que se refiere a las excedencias tanto voluntarias como forzosas. En el mismo se señala que la excedencia forzosa, dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.

En cuanto a la excedencia voluntaria, el apartado 2 prevé que el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

Del mismo modo, los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una

duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al 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, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye 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.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, 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.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.

Asimismo podrán solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.

Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Artículo 47, desarrollado por el Real Decreto 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

El contrato de trabajo puede ser suspendido por el empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

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 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.

El procedimiento se inicia mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días. Esta consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del período 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 formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas. 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 autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

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.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el 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.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a

la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado podrá reclamar el trabajador ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. En este último caso, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas. Cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 de esta ley se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

Ahora bien, debe apuntarse, en cuanto a la suspensión prevista en el artículo 47 ET que la Disposición Adicional 21ª ET señala que no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien

mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado

Por otro lado, en cuanto a **la suspensión con reserva de puesto de trabajo, al amparo del artículo 48**, tiene lugar en los siguientes casos:

1. Al cesar las causas legales de suspensión, ya que entonces el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el artículo 45.1 excepto en los señalados en los párrafos a) y b) del mismo apartado y artículo, en que se estará a lo pactado.
2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.
3. En los supuestos de suspensión por prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial o superior, el trabajador deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo o función.
4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo

que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

Pero si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En los supuestos de adopción y de acogimiento la suspensión tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se

constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las 16 semanas previstas en los párrafos anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

Los períodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis.

En el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se



inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla 9 meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

En el supuesto previsto en la artículo 45.1.n), el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.

También cabe la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, y ello en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este artículo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50%, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

### **Extinción del contrato**

Finalmente hay que tratar la extinción o finalización del contrato de trabajo, regulada en los artículos 49 y siguientes del ET.

En el artículo 49.1 ET se establece que el contrato de trabajo se extinguirá:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes.
- b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.
- c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización 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.

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.

d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

e) Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 .

f) Por jubilación del trabajador.

g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 , o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley.

h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 51 .

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

k) Por despido del trabajador.

l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

El empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una

propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas.

El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos

Por otra parte, el artículo 50 ET regula la extinción del contrato por por voluntad del trabajador, señalando como justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

- a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.
- b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.
- c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

#### Despido colectivo: Artículo 51 ET.

Se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo *fundada* en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- 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 aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

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 tres 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.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas

extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. 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 apertura del período 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 de despido colectivo. 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 formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas. 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 comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- d) Período previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refieren los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas. El

informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

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.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el 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.

La autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el período de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa.

Transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la



caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente.

Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa. Por convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

La decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para este despido. La interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella.

También la autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Mención aparte se hace en el apartado 7 del artículo 51 ET a la fuerza mayor, señalando que la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento. La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

Por último señala el ET, por un lado, que la empresa que efectúe un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas, obligación que será verificada por la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente y por otro, que las empresas que realicen despidos colectivos, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente

#### Extinción del contrato por causas objetivas. Artículo 52 ET.

Según el mismo, el contrato podrá extinguirse:

- a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.
- b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su

puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a tales efectos, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos

externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

*Forma y efectos de la extinción por causas objetivas:*

La adopción del acuerdo de extinción debe observar exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52 c) ET, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

- c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c) , del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

Durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario.

Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 , o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 , o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 ; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.
- c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo, el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1. En otro caso se considerará improcedente.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta.

La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

- a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.
- b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización.

Por último, en cuanto al sector público, la DA 20 ET señala que:

*El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*

*A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiendo como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y*

*métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.*

*Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.*

Despido disciplinario. Artículo 54 ET.

Señala este que:

*1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

*2. Se considerarán incumplimientos contractuales:*

*a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*

*b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*

*c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*

*d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*

*e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*

*f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*

*g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*

En cuanto a su forma y efectos, el ET prevé que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Aunque por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese. Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

Si el despido se realizara con inobservancia de lo anteriormente señalado, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpliese los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social.

El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustase a lo ya establecido y será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y también en los casos siguientes:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos antes referenciados o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o



reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo anterior será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir o salarios de tramitación.

En el caso del despido procedente tal declaración convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Por su parte, el ET prevé las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido, señalando que cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, equivalentes a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

Si el despedido es un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, este tendrá derecho a los salarios de tramitación.

**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 concertarse 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).

Es 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.

Por 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**

# **LA ACCIÓN PROTECTORA. LAS CONTINGENCIAS PROTEGIDAS: CUADRO GENERAL. PRESTACIONES**



## **TEMA 6. 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**

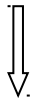
Las contingencias protegidas son una serie de eventos o circunstancias cuya actualización genera la aparición de un estado de necesidad en el sujeto protegido.

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 7**

**LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL: FINALIDAD Y CLASES.  
INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA: REQUISITOS Y  
PROCEDIMIENTO PARA SU OBTENCIÓN.  
JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA**

## **TEMA 7. 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 minusálido 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