

## **NOTA INFORMATIVA EN RELACIÓN CON LA PUBLICACIÓN DE LOS TEMARIOS DE LOS PROCESOS SELECTIVOS CONVOCADOS POR LA XUNTA DE GALICIA EN EL DIARIO OFICIAL DE GALICIA Nº 142 DE 26 /07/11**

El Diario Oficial de Galicia nº 142, de 26 de julio de 2011, publica distintas órdenes de la Consellería de Facenda por las que se convocan diferentes procesos selectivos para el ingreso en la Administración autonómica de Galicia.

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

Teniendo en cuenta, por una parte, el volumen y complejidad en la elaboración de un material didáctico que sirva de referencia básica y, por otra, el interés de la EGAP para que los posibles usuarios dispongan a la mayor brevedad posible de dicho material, la publicación del mismo en la página web de la Escuela (<http://egap.xunta.es>), se irá produciendo de la siguiente manera:

- 1) **Legislación**, actualizada y consolidada a la fecha de publicación en el DOG del nombramiento del tribunal del proceso (Base II.1 de la convocatoria<sup>1</sup>), correspondiente a los procesos selectivos para el ingreso en el cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A1; cuerpo de gestión de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A2; cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A1, escala de sistemas y tecnología de la información; cuerpo de gestión de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A2, escala de gestión y sistemas de información y cuerpo auxiliar de la Xunta de Galicia, subgrupo C2.

La fecha prevista para dicha publicación es de 5 de agosto de 2011.

- 2) **Temarios específicos**, se irán publicando en la página web de la Escuela, a medida que los procesos de elaboración y revisión vayan concluyendo.

Sin perjuicio de su publicación en las dos lenguas oficiales y a fin de facilitar a la mayor brevedad posible este material a los usuarios, los temas se irán publicando en la web en el idioma originalmente utilizado por cada uno de los autores.

Para mayor información se pueden poner en contacto con el servicio de Estudios y Publicaciones a través del correo electrónico [temarios.egap@xunta.es](mailto:temarios.egap@xunta.es), y teléfono 881 997 251.

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; sino que se trata de instrumentos complementarios que servirán de apoyo y ayuda como textos de referencia pero nunca de forma exclusiva y excluyente.

Santiago de Compostela, 4 de agosto de 2011

---

<sup>1</sup> II. Proceso selectivo.

II.1. Procedimiento 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.

# **I. DERECHO CONSTITUCIONAL.**

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

## **Tema 1**

### **Concepto de Constitución. La Constitución como norma jurídica. Líneas fundamentales del constitucionalismo español.**

#### **1 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN**

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

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

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



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

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

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

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

Constitución Federal después: «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, [...] ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América».

En el mismo sentido se expresarían los revolucionarios franceses. «Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, sin darle las formas y las leyes adecuadas para hacerle cumplir las funciones a las que se le quiere destinar. *Es lo que se denomina la Constitución de este cuerpo*. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno constituido debe tener una Constitución», diría SIEYES en *¿Qué es el Tercer Estado?*, y MOUNIER, en el *Rapport du Comité chargé du Travail sur la Constitution* de 9 de julio de 1789, añadiría: «Hemos tenido que formarnos una idea precisa del término Constitución [...]. Hemos pensado que una Constitución no es otra cosa que un orden fijo y establecido de la manera de gobernar; que este orden no puede existir si no está apoyado en reglas fundamentales, *creadas mediante el consentimiento libre y formal de una nación* o de quienes ella ha elegido para que la representen [...]. Así pues, una Constitución es una forma precisa y constante de gobierno o, si se prefiere, la expresión de los derechos y obligaciones de los diferentes poderes que lo componen». Y una vez fijada la «idea precisa de Constitución», MOUNIER subrayaría dos requisitos: la voluntad popular y la limitación del poder. «Cuando la manera de gobernar no deriva de la voluntad del pueblo claramente expresada, no hay Constitución; no hay más que un gobierno de hecho [...]. Si la autoridad no tiene límites, es necesariamente arbitraria, y nada está más directamente opuesto a una Constitución que el poder despótico». Tras dicho *Rapport*, se comprende fácilmente la redacción del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución».

La Constitución escrita es un producto típico de la Ilustración. El «ideal» del constituyente de finales del XVIII sería descubrir a partir del estudio de la

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

Por ello la Constitución escrita ha sido definida de manera muy acertada por GARCÍA PELAYO como *Constitución racional normativa*. Con dicha denominación se pretende hacer visible que se concibe «la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos».

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

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

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

1. La Constitución es un acto de autodeterminación de la comunidad mediante el cual los miembros de ésta, de forma libre y democrática, deciden constituirse en comunidad política soberana. La Constitución emana por tanto del pueblo, y no de la concesión de una autoridad superior y preexistente, o de un pacto entre esta autoridad y el pueblo.
2. La Constitución es un sistema de normas jurídicas, no una declaración retórica de intenciones. De esta forma la Constitución tiene fuerza de obligar a ciudadanos y poderes públicos.
3. La Constitución es la norma jurídica suprema, cúspide del sistema normativo, lo que entraña dos consecuencias:

- a) una de orden formal, lo que supone que su modificación y derogación se encuentra sometida a trámites especiales, más dificultosos que los previstos para la reforma de las leyes,
  - b) otra de orden material, que es su superioridad sustantiva respecto de las restantes normas que sólo serán válidas y aplicables en la medida en que respeten los postulados de la Constitución,
4. La Constitución asume, por naturaleza, la forma de norma escrita. Ello se debía a la idea de la superioridad de la norma escrita sobre la inseguridad de la costumbre, y a la configuración de la Constitución como un medio de educación cívica.
5. La Constitución requiere para merecer la condición de tal que su contenido se ajuste a los principios de la ideología liberal, fundamentalmente los contenidos en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789: garantía de los derechos individuales y separación de poderes. Señala en este sentido GARCÍA PELAYO que el concepto de Constitución trató de ser monopolizado por una determinada tendencia, por el modelo liberal burgués, de modo que cualquier ordenación fundamental del Estado no sería Constitución.

Sin embargo, desde el momento mismo en que se produjo el triunfo del movimiento liberal, a ambos lados del Océano Atlántico se perfilaron dos tradiciones netamente diferentes: la de Estados Unidos, de una parte, y la de Europa, de la otra. Dos tradiciones que, siguiendo a BLANCO VALDÉS, sirvieron para configurar dos conceptos de Constitución muy diferentes desde el punto de vista de su valor: un valor jurídico en el caso norteamericano y un valor político en el de los Estados europeos. En efecto, mientras la Constitución fue concebida en Europa durante la mayor parte de los dos últimos siglos como un documento político que se limitaba a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado, básicamente de los poderes legislativo y ejecutivo, y sus relaciones y limitaciones, de forma tal que aquello en que ambos poderes convinieran

resultaba constitucionalmente legítimo, la misma Constitución fue considerada en los Estados Unidos, desde los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Carta de Filadelfia, como una norma jurídica que más allá de cumplir las funciones que acaban de apuntarse se conformaba, además, como una norma básica del ordenamiento jurídico del Estado que, como tal, era aplicable no sólo a los operadores políticos, sino también determinante de las relaciones entre aquellos y los particulares, al configurarse como auténtico y supremo derecho del Estado.

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

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

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

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

facultad de sancionar las leyes aprobadas por las Cámaras, devendría perfectamente constitucional, sin que existiese poder u órgano alguno que pudiera atreverse a controlarlo.

Por todo ello la mayoría de las Constituciones europeas fueron durante una buena parte de los dos últimos siglos sólo una sombra de lo que sus impulsores originarios habían imaginado que serían: la desvalorización del mecanismo representativo a través de distintas formas de sufragio restringido, la sistemática limitación legal de los derechos constitucionalmente proclamados, la consolidación de una forma política de monarquía constitucional que colocaba a los reyes en el centro del escenario institucional, o el dominio del parlamento por cerrados grupos oligárquicos que dejaban fuera de la vida política a la inmensa mayoría de la sociedad, vinieron a pervertir, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el programa constitucional del liberalismo revolucionario anteriormente mencionado. Así, de una parte, los conservadores, señaladamente BURKE y DE MAISTRE, afirmarían que la Constitución no es otra cosa que la forma tradicional de ser de un pueblo y de sus instituciones políticas. Pero, de otra parte, tampoco debe extrañar, a la vista de tal evolución que, a punto de abrirse el último tercio del siglo XIX, uno de los líderes europeos del movimiento socialista, el filósofo socialdemócrata alemán Ferdinand LASALLE, afirmase en su conferencia *¿Qué es una Constitución?*, pronunciada en Berlín en 1862 y devenida con el tiempo un texto clásico, que las Constituciones eran sólo las hojas de papel a través de las que se expresaban los factores reales de poder vigentes en cada país. Así pues, en Europa las Constituciones iban a carecer durante largo tiempo de los instrumentos de defensa propios del resto de las leyes: de hecho, hasta el período de entreguerras ya entrado el siglo XX. Sólo entonces se afrontará de nuevo la cuestión de cómo dotar de garantías efectivas a una norma que, para serlo de verdad, debía poder imponerse a las demás. Solo en ese momento se producirá ese decisivo tránsito, que está en la base de las normas fundamentales de las que ahora disfrutamos en buena parte de los



países europeos, del valor político al valor jurídico de la Constitución, que se plasmó con la creación en Europa de órganos *ad hoc* —los tribunales constitucionales— encargados de defender a la Constitución frente a la ley o, dicho de otro modo, de asegurar la supremacía de la Constitución como norma jurídica básica y superior del ordenamiento jurídico.

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

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

1. La Constitución es una norma jurídica. En este sentido la mayoría de la doctrina entiende que todos los preceptos de la Constitución son normas jurídicas, si bien precisando que no por ello todos los preceptos constitucionales tienen la misma naturaleza. Así, junto a la existencia de normas directamente aplicables como las relativas a los derechos fundamentales, pueden existir otras que o bien contienen simples remisiones normativas, o bien poseen un carácter programático siendo su finalidad orientar la actuación de los poderes públicos.
2. La Constitución es la norma jurídica superior, la norma suprema que ocupa el vértice de la pirámide normativa. Esta supremacía de la Constitución, con origen, tal y como ya se ha indicado, en el constitucionalismo norteamericano al configurar a la Constitución como «*supreme law of the land*», tiene dos vertientes:
  - a) la supremacía formal, pues la Constitución entraña una serie de límites a la actividad normativa ya que es la Constitución la que establece el llamado sistema de fuentes. Pero además la Constitución

garantiza la estabilidad de sus preceptos mediante el establecimiento de procedimientos de reforma específicos, distintos y dificultados en relación con los de las demás normas,

- b) la supremacía material, pues la Constitución condiciona el contenido de todas las normas inferiores de modo que éstas son nulas si su contenido es incompatible con el texto constitucional. Para garantizar esta supremacía se han articulado mecanismos varios de control de constitucionalidad de las leyes: desde el *judicial review* norteamericano a los sistemas de jurisdicción concentrada. Además, otra manifestación de esta supremacía material es la obligación de interpretación conforme a la Constitución del resto de las normas, lo cual es además una importante garantía de la unidad del ordenamiento.
3. La Constitución es una norma con un determinado contenido, pues como apunta Ignacio DE OTTO, la neutralidad del concepto de Constitución entra en contradicción con la misma idea de Constitución como norma suprema. Si una norma es suprema, ha de imponer límites también al poder y, por tanto, la idea de Constitución es incompatible con un sistema político autocrático en que la titularidad del poder radique en un sujeto o conjunto de sujetos. Por tanto, del concepto de Constitución deriva su carácter democrático sin que más allá pueda imponerse un contenido concreto a las Constituciones.

## **2 LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA**

Como señala GARCIA DE ENTERRÍA, la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertad y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad, constituyendo así un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía,

en su función constituyente, y dirigido tanto a los diversos órganos de poder establecidos por la propia Constitución como a los ciudadanos.

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

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

establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.

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

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

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

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

1. Una vía concluye en la Constitución alemana de Weimar, que articula un Tribunal al que se confían los conflictos entre poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal.
2. El segundo sistema, que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, aunque con matizaciones significativas, es el sistema austríaco, obra personal de Kelsen, sistema expresado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920 y perfeccionado tras la reforma de 1929.

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

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

La Constitución de 1978 tiene valor normativo inmediato y directo, lo cual se deduce del artículo 9.1 CE (que contiene el llamado por TORRES DEL MORAL «autorreconocimiento del valor normativo propio») al establecer

que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

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

1. La prohibición de declaración de inconstitucionalidad para los jueces ordinarios no se extiende ni a normas con rango inferior a la ley, ni a actos jurídicos, públicos o privados. Así, el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, establecerá: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa».
2. El artículo 163 prohíbe a los jueces y Tribunales ordinarios declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no les prohíbe, antes bien ha de entenderse que precisamente les obliga a hacerlo, a concluir un juicio de constitucionalidad positiva, esto es, de conformidad de la ley que tenga que aplicarse en el proceso con la Constitución.
3. El planteamiento anterior debe matizarse al contemplar la legislación preconstitucional y el efecto de la Disposición Derogatoria 3ª, al disponer que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo

establecido en esta Constitución». En algunos casos de normas anteriores contrarias a la CE en su regulación material, el juez ordinario no sólo estará vinculado por la CE, sino que esta vinculación, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, le obligará a aplicar directamente el precepto constitucional como norma decisoria, sin necesidad de que el TC declare previamente inconstitucionales las leyes en contradicción con la CE. Esta situación, apunta ENTERRÍA, se produce al menos en los siguientes supuestos: reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, parte organizativa de los poderes constitucionales, y el supuesto hipotético de las leyes afectadas por la Disposición Derogatoria de la Constitución en su apartado 3º. Veamos cada uno de los supuestos:

- a) En cuanto a los derechos fundamentales, el artículo 53.1 CE declara que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos. Esta declaración del artículo 53.1 CE no constituye una mera repetición del artículo 9.1 CE, sino que este artículo 53.1 ha querido añadir un plus para su regulación constitucional consistente precisamente en que tal regulación tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de la ley, proporcionando en este sentido el artículo 53.3 CE un claro argumento a contrario. Prueba de esta aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos y libertades es el artículo 53.2 CE, que faculta a cualquier ciudadano a recabar la tutela de los derechos consagrados en los artículos 14 a 30 ante los tribunales ordinarios, y posteriormente en amparo constitucional. De este modo, si los tribunales ordinarios han de tutelar los derechos y libertades en la forma que los ha delineado la CE, será ésta la norma a aplicar en este proceso de tutela. De ahí que deba entenderse que la totalidad de las regulaciones preconstitucionales de los derechos fundamentales contrarias a la CE, han sido directamente derogadas por la Constitución en virtud de su Disposición Derogatoria, sin que resulte precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por el

TC. Por tanto, cualquier tribunal que conozca de un proceso en el que tengan incidencia los derechos fundamentales reconocidos en la CE, puede aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trate la totalidad de su eficacia, no obstante la regulación anterior contraria a la CE.

- b) El segundo supuesto en el que jueces y tribunales pueden aplicar directamente la CE, no obstante la existencia de ley anterior contraria, y sin necesidad de que el TC la declare previamente inconstitucional, es el caso de la parte organizativa y habilitante de los poderes públicos. Los preceptos orgánicos constitucionales son así de inmediata aplicación, debiendo entenderse derogadas las anteriores leyes contrarias, y sin necesidad de que los tribunales ordinarios promuevan una previa declaración de inconstitucionalidad por el TC.
- c) Por último, cabe plantearse el alcance de la Disposición Derogatoria de la CE sobre la legislación anterior de contenido no estrictamente político. Esta Disposición Derogatoria, tras declarar derogada la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, así como la Ley de 25 de octubre de 1839, en relación con el régimen foral de las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dispone en su apartado 3º lo que sigue: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Constitución». La cuestión, clara respecto de los dos casos antes examinados, se plantea respecto del resto de la legislación anterior, en cuanto si el efecto derogatorio de la CE debe extenderse al resto de la legislación anterior en cuanto le sea reprochable una contradicción con alguna norma o principio constitucional. Esto es importante porque si se entiende que la Disposición Derogatoria afecta a todas las leyes preconstitucionales, la cuestión de la contradicción con la CE como presupuesto de su derogación debería ser decidida por jueces y tribunales; en otro caso,



no podría hablarse de derogación sino de inconstitucionalidad, aunque sea sobrevenida, debiendo remitirse la cuestión al TC.

Son dos los modelos que ofrece el Derecho Comparado:

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

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

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

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

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

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

4. Finalmente, la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a que las leyes y todas las normas jurídicas se interpreten conforme a ella, escogiendo entre las varias posibilidades de interpretación la que sea conforme con la Constitución y eliminando las demás. El principio lo consagra en nuestro Derecho el artículo 5.1 LOPJ, al disponer que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

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

### **3 LÍNEAS FUNDAMENTALES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL**

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

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

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

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

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

En segundo lugar, la ausencia de una verdadera revolución burguesa en España. Se mantenía una estructura social propia del Antiguo Régimen, en la que el clero y la nobleza tenían una significativa importancia. De esta forma existían grandes desajustes entre la nueva ideología constitucionalista, vinculada a la burguesía, y la estructura social española.

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

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

Otro de los factores a reseñar en el constitucionalismo español es la existencia de una serie de movimientos ideológicos autóctonos que han sido sistemáticamente contrarios al constitucionalismo. El carlismo, el liberalismo doctrinario o, incluso, el fascismo han sido algunas de estas ideologías reticentes, cuando no expresamente contrarias, al constitucionalismo, que han estado presentes a lo largo de nuestra historia constitucional como consecuencia del carácter conservador del liberalismo

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

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

Las Constituciones españolas han recibido una evidente influencia de las Constituciones de otros países. Por ello se puede indicar que nuestro constitucionalismo, lejos de ser original, es derivado, con la única excepción de los componentes ideológicos conservadores mencionados antes. En la Constitución de Cádiz de 1812 podemos apreciar la influencia del primer constitucionalismo norteamericano y francés, como resulta lógico. La Constitución de 1834 refleja cierta influencia de las Constituciones francesas de 1814 y de 1830, por su carácter de constitución otorgada en virtud de una potestad del soberano. La Constitución de 1837 tiene su referente, según ha identificado la doctrina, en la constitución belga de 1831. En la constitución de 1869, fruto de la Revolución Gloriosa, se aprecia una marcada influencia de la Constitución norteamericana de 1787. Por último, la Constitución de la Segunda República tiene una nítida influencia de las constituciones europeas de entreguerras, sobre todo de la Constitución de Weimar de 1919. El carácter

derivado no tiene una connotación negativa. En realidad, constituciones originales suelen ser únicamente las que inician un período constitucional. A partir de éstas, las restantes suelen basarse en las pioneras. Lo importante es que se trasladen los mecanismos y las instituciones que resulten adecuadas a las necesidades de un determinado territorio, y se adapten a las condiciones de éste. La Constitución de 1978 es un buen ejemplo de Constitución derivada, que adapta a las necesidades propias las experiencias foráneas.

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

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

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

Teniendo en cuenta algunas de las características señaladas, se comprende mejor el cambio radical de perspectiva que introduce en nuestra historia constitucional la Constitución de 1978, norma que supone una ruptura radical con las pautas que habían definido el pasado político español desde que con la aprobación de la Constitución gaditana en 1812 se inaugura el larguísimo ciclo de inestabilidad política y constitucional ya referido. Un ciclo que no se cerrará, en sentido estricto, hasta 1978, cuando se aprueba

la Constitución que ha permitido a España vivir por primera vez establemente en democracia durante más de tres décadas. Tal estabilidad ha guardado directa relación con el hecho de que en el último período constitucional de nuestra historia se hayan podido sentar las bases para acometer de un modo razonable la resolución de los, siguiendo a BLANCO VALDÉS, cinco grandes conflictos políticos de la historia constitucional española: el de las relaciones entre el Rey y el Parlamento, entre la Iglesia y el Estado, entre las autoridades civiles y el aparato militar, entre el Estado y la sociedad, y, en fin, entre el centro y la denominada periferia.

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

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

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

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

Bien diferente fue la forma de resolver el tradicional problema militar, determinante de un pasado en que el ejército interfirió de forma constante en el desarrollo de la vida nacional y en el que las fuerzas armadas terminaron constituyéndose como una especie de pequeño estado dentro del Estado. También aquí el franquismo marcaría el punto máximo de degeneración de una tendencia apuntada desde comienzos del siglo XIX, en el que las constantes intervenciones de los militares en política a través de pronunciamientos, revoluciones, contrarrevoluciones, golpes de Estado



o rebeliones acabó por dar lugar a un fenómeno que se ha considerado historiográficamente como característico de España: el del pretorianismo. Pero la cuestión del pretorianismo no resultaba, a la postre, más que una de las caras de aquel llamado problema militar que acabó por traducirse en el progresivo protagonismo político del ejército español y en su creciente autonomía de los órganos encargados de la dirección política estatal: el decisivo papel del ejército, a partir sobre todo del último tercio del siglo XIX, en el mantenimiento y restauración del orden público interior, y su privilegiada relación con los monarcas durante el largo período de la Restauración, mediante un vínculo que colocaba a los militares al margen de la sujeción al parlamento y al gobierno característica de cualquier Estado democrático, fueron quizá las dos manifestaciones esenciales de un proceso que acabó por convertir el ejército en la columna vertebral de la monarquía constitucional y de su Estado autoritario y oligárquico. En claro contraste con esas pautas del pasado, la Constitución de 1978 establecerá por primera vez en nuestra historia un modelo plenamente civilista de relaciones civiles-militares, al convertir a las fuerzas armadas en el sector de la administración encargado del uso de las armas. La dicotomía civiles-militares dejó con ella pues, sencillamente, de existir, pues los militares no van a ser ya aquel *poder militar* dotado en el pasado de autonomía orgánica y funcional respecto del parlamento y del gobierno, sino la *administración militar*, sujeta, como el resto, a la dirección política emanada de un gobierno democrático, responsable ante un parlamento elegido por sufragio universal.

El conflicto en las relaciones Estado-sociedad subsumía los dos ya referidos, pues tanto la[s] iglesia[s], como los militares, en su dimensión *privada*, son también, claro, sociedad, pero, como es obvio, los superaba. Los superaba porque el Estado español fue configurándose a lo largo de su evolución durante los dos últimos siglos como un Estado fuertemente oligárquico, militarizado, clerical y antipluralista, muy impermeable a cualquier intento de reforma democrática. Ello resultó posible, entre otras

cosas, por la inexistencia durante todo el período citado de un auténtico sistema de libertades y derechos garantizador de verdaderos ámbitos de autonomía de los particulares. Los derechos y libertades fueron ejercidos en precario casi siempre por unos españoles que o no tenían reconocidos constitucionalmente sus derechos, o, si los tenían, los veían legalmente limitados. Incluso cuando aquellos estaban reconocidos legalmente, sufrían de la constante recurrencia a instrumentos jurídicos (estados especiales, suspensión de garantías, ley marcial) o meras vías de hecho que acababan por imposibilitar su práctica efectiva. La Constitución de 1978 rompió de forma radical con esta situación, reconociendo no sólo un amplísimo catálogo de libertades y derechos, sino estableciendo también un sólido y completo sistema para garantizarlos, que ha posibilitado que la propia Constitución haya podido llegar a disponer, situándose mucho más allá de la retórica, que los derechos son en el ordenamiento jurídico español «el fundamento del orden político y de la paz social».

Pero la Constitución, y los constituyentes que la elaboraron con un alto grado de consenso, no sólo tuvieron presente la necesidad de fijar principios que permitieran dar salida a los cuatro conflictos históricos hasta ahora mencionados. Muy por el contrario, los diputados y senadores que formaron parte de las primeras Cortes democráticas fueron conscientes también desde que comenzaron su labor de la urgencia con que debería abordarse la resolución de otro gravísimo conflicto, el quinto de los cinco mencionados más arriba, el relativo a la organización del territorio: el problema de la forma de Estado desde el punto de vista de su organización territorial, que históricamente fue denominado entre nosotros, primero *problema regional* y luego *problema nacional*. Un problema, ha de subrayarse, que no era otro a fin de cuentas que el de satisfacer las reivindicaciones históricas del nacionalismo vasco y catalán: y ello porque si es cierto que España, al igual que otros muchos Estados europeos, se edifica como Estado nacional a partir de una notable diversidad territorial, y lo es también que esa edificación se hace al precio de negar, muy

frecuentemente con violencia, tal diversidad en muchas de sus manifestaciones lingüísticas, culturales, jurídicas, sociales o económicas, no lo es menos que la derivación, a partir de esa realidad, de una exigencia de poder propio para algunos de los *diversos* territorios que componen el Estado necesitó históricamente de la mediación nacionalista. Tan decisivo iba a ser en el momento constituyente el problema nacional que de su adecuada solución pasó a depender, en gran medida, la propia posibilidad de asentar en España el Estado democrático. Sin embargo, el inmenso esfuerzo realizado desde 1977 hasta el presente para encontrar una salida a la conflictiva cuestión territorial ha acabado por conducir a una situación verdaderamente sorprendente: a que España sea hoy uno de los Estados más descentralizados de la Europa democrática, y a que, pese a ello, siga vivo un conflicto que parecería que la descentralización lejos de haber venido a solventar ha terminado por enconar indefinidamente.

## Bibliografía:

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.ª ed., 2008. ALZAGA VILLAAMIL, Ó.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., y RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho político español según la Constitución de 1978, I y II*, Madrid, vol. I, 4.ª ed., 2007, vol. II, 4.ª ed., 2008. ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, 2001. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 4.ª ed., 2009. BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VARELA, J., y REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1999. BLANCO VALDÉS, R.: *La Constitución de 1978*, Madrid, 2.ª ed., 2011. CLAVERO, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984. ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, vol. I, 2.ª ed., 2001, vol. II, 1.ª ed., 2004, vol. III, 1.ª ed., 2000. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «En tomo al concepto de Constitución», en AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Vol. I, Madrid, 2002. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1997. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, 4.ª ed., 2006. LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPs, P., y SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.ª ed., 2007. LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983. LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. 1, 2.ª ed. (4.ª reimpr.), 1992, vol. 2, 3.ª ed. (rev.), 1986, vol. 3, 2.ª ed. (rev. y ampl.), vol. 4, 2.ª ed. (rev. y ampl.), 1984. LUCAS VERDÚ, P., y LUCAS MURILLO, P.: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 3.ª ed., 1994. OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 2.ª ed., 1988. PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, Madrid, 12.ª ed. (revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán), 2010. RUBIO LLORENTE, F.: «La Constitución como fuente del Derecho», en AAVV, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, vol. I, 1979; «Sobre la Constitución», en AAVV, *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, vol. I, 1997. SOLÉ TURA, J. y AJA, E.: *Constituciones y períodos constituyentes en España*, Madrid, 1977. TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, 2 vols., Madrid, 5.ª ed., 2004.

Vicente A. Sanjurjo Rivo

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

## **Tema 2**

**La Constitución española de 1978. Los valores superiores. Los principios constitucionales. El Estado español como Estado social y democrático de derecho. La reforma constitucional.**

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

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

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

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

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

Constituidas las Cortes resultantes tras las elecciones del 15 de junio de 1977, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados nombró una ponencia de siete diputados, que elaboró un anteproyecto de Constitución. Éste fue discutido en la comisión

citada, y, posteriormente, discutido y aprobado por el Congreso de los Diputados. Acto seguido, se procedió al examen del texto del Congreso por la Comisión Constitucional del Senado y el Pleno del mismo órgano. La discrepancia entre el texto aprobado por el Congreso y el aprobado por el Senado hicieron necesaria la intervención de una Comisión Mixta Congreso-Senado, que elaboró un texto definitivo. Éste fue votado y aprobado por las dos Cámaras. Sometido a referéndum, fue ratificado el día 6 de diciembre de 1978 (87'87% de votos afirmativos, con un 67'11% de participación), sancionado el día 27 del mismo mes por el Rey y publicado en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

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

a) Define un nuevo régimen político:

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

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

b) Es una Constitución monárquica:

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

c) Es una Constitución “de consenso”:

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



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

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

1. La amplitud de las materias objeto de regulación constitucional. Pocos aspectos de la vida social quedan sin alguna regulación —siquiera sea sumaria— por parte del texto constitucional. Relacionada de un modo evidente con este rasgo se halla la extensión del texto constitucional, sólo superada por el de 1812. Se estructura en un Preámbulo, un Título Preliminar y diez Títulos, con 169 artículos, 4 Disposiciones Adicionales, 9 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final.
2. La diversa precisión e intensidad de la regulación constitucional de las diferentes materias sobre las que la Constitución versa. Respecto a aquellas instituciones o derechos sobre los que existía mayor acuerdo, fue posible efectuar una regulación más detallada; en otras materias, sin embargo, las normas constitucionales se redujeron a aquellos aspectos sobre los que era posible una coincidencia de opiniones, dejando que el legislador, posteriormente, completase el tratamiento jurídico de la cuestión de que se tratase. Por ello son abundantes las remisiones al legislador en el texto constitucional, que en muchos casos se limita a regular aspectos básicos o esenciales.
3. La presencia, en muchos preceptos constitucionales, de fórmulas que precisan una integración e interpretación detallada para hallar su

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

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

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

d) El carácter normativo:

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

CE de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes reservado al TC, pero en el que también participan, ex artículo 163 CE, los jueces y tribunales ordinarios.

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

e) Naturaleza garantista:

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

f) Rigidez:

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

g) Fuerte influencia del constitucionalismo europeo:

Podemos, siguiendo a TORRES DEL MORAL, destacar las siguientes influencias:

1. La constitución alemana ha influido preferentemente en la definición del Estado como Social y Democrático de Derecho del artículo 1.1 CE; en las dosis de iusnaturalismo presente tanto en dicho precepto como en todo el Título I, especialmente en el artículo 10.1 CE; y acaso más acentuadamente en el modelo de responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes, presidido por la institución de la moción de censura constructiva (art. 113 CE).
2. La Constitución italiana puede verse reflejada en la organización territorial de un Estado regional a la que tampoco ha sido ajena la de nuestra Segunda República; también en la regulación de la relación entre Ley y Reglamento, en el modelo de justicia constitucional y en la creación del Consejo General del Poder Judicial. Junto a ello, la doctrina suele señalar la semejanza de nuestro artículo 9.2 CE con el artículo 3.2 italiano, referentes ambos a la función promotora de los poderes públicos en orden a la plenitud y efectividad de la libertad, de la igualdad y de la participación.
3. Como es obvio el constituyente tuvo muy presentes las Constituciones de las monarquías democráticas para regular la Corona, pieza fundamental del sistema político español.
4. Finalmente, en materia de derechos y libertades no es nada sorprendente encontrar preceptos de factura muy similar o casi idéntica a los de otras Constituciones o del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

h) Una Constitución equilibrada:

La CE articula una división de poderes según los esquemas de la forma de gobierno parlamentaria: en este aspecto la CE se limita a incorporar los

mecanismos del parlamentarismo racionalizado establecido en las Constituciones de la Europa Occidental posteriores a 1945, sobre todo la alemana. El esquema se completa con varios mecanismos de «*checks and balances*», por los que unas ramas del poder deben interferir legítimamente en la actuación de las otras, y con el establecimiento de órganos como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas que tratan de aumentar los controles y equilibrar el sistema.

## **2 LOS VALORES SUPERIORES**

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

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

Los valores son un referente esencial en el proceso de producción, interpretación y aplicación del Derecho. Son ellos los que definen las orientaciones básicas a las que el ordenamiento debe dirigirse: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo. Así pues, el ordenamiento jurídico no es un conjunto yuxtapuesto de normas, sino un conjunto sistemático con

unos referentes concretos, esto es, los valores superiores constitucionalmente establecidos. A su vez, estos valores están orientados a la afirmación de la dignidad humana, según recoge el artículo 10.1 CE en cuanto fundamento del orden político y la paz social (PECES-BARBA).

Los valores superiores tienen, en cuanto que preceptos constitucionales, carácter normativo. Sin embargo, ello no debe inducir a pensar que los operadores jurídicos podrían ampararse en ellos para alterar el sistema de fuentes. Los valores se expresan a través de la Constitución y del sistema de fuentes, pero no pueden ser utilizados para subvertirlo. Así por ejemplo, los jueces y magistrados no pueden desvincularse de su sometimiento a la ley sobre la base de su propia interpretación del valor justicia o del valor libertad. Si existen dudas sobre el acomodo a la Constitución de la ley, lo que procede es acudir al Tribunal Constitucional mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, los valores superiores se realizan a través del ordenamiento, no contra el ordenamiento.

## **2.1 La libertad**

El valor libertad tiene dos grandes dimensiones (PECES BARBA):

a) Una dimensión organizativa:

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

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

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

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

## **2.2 La justicia**

La justicia no es un valor claramente identificable, de contornos perfectamente delimitados. Por ello, los distintos esfuerzos por descifrar su contenido han terminado por remitir a otros valores. Así, KELSEN identifica justicia con los contenidos de libertad del sistema democrático y, en la misma dirección, PECES BARBA sostiene que la justicia como valor superior no añade nada a la libertad y a la igualdad.

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

## **2.3 La igualdad**

El emplazamiento de la igualdad, como valor superior, junto con la libertad no deja de ser significativo. Nuestra Constitución opta por entender que ambos valores, lejos de ser contrapuestos, han de ser necesariamente conjugados de forma conjunta. Es sabido que tras la revolución liberal y, en

el ámbito económico-social, tras la revolución industrial, la libertad se sublimó hasta hacerla, en la práctica, incompatible con el valor de la igualdad; al menos de la igualdad sustancial, que es diferenciable de la igualdad formal que sólo parecía interesar a algunos de los primeros liberales.

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

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

Según PECES BARBA, la igualdad presenta diversas dimensiones:

a) De generalidad:

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

b) De equiparación:

La equiparación supone un trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas. Se estima que en determinados casos tal diferencia no es relevante para justificar un distinto disfrute o ejercicio de determinados



derechos, o para la aplicación de una distinta reglamentación normativa. Según la CE no son relevantes para justificar una normativa jurídica distinta «el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE).

c) De diferenciación:

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

d) Identidad de procedimiento:

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

## **2.4 El pluralismo político**

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

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

1. Al pluralismo social: de ahí los preceptos que atribuyen un papel fundamental a los sindicatos y asociaciones empresariales en las relaciones laborales (arts. 7, 28 y 37).
2. Al pluralismo social con carácter general alude el artículo 9.2 CE cuando se refiere al individuo y a los grupos en que se integra.

3. Al pluralismo territorial, cuando reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE).
4. Al pluralismo lingüístico se refiere el artículo 3 CE. Igualmente el pluralismo simbólico es reconocido en el artículo 4 CE. Ambos —el pluralismo lingüístico y el simbólico— son, a su vez, derivaciones de la configuración del Estado autonómico.
5. Al pluralismo ideológico y religioso (art. 16 CE).
6. Al pluralismo reconocido en el ejercicio de la libertad de expresión, ya que se garantiza el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado a «los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España» (art. 20.3 CE).
7. Al pluralismo asociativo (art. 22 CE).

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

### **3 LOS PRINCIPIO CONSTITUCIONALES**

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

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

El Título Preliminar del Código Civil dispone en su artículo 1.1 que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los

principios generales del Derecho», y en el 1.4 establece que «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

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

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

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

Ello no quiere decir que los principios constitucionales no puedan desarrollar su función supletoria. Frente al resto de las normas, el principio es una norma necesitada de concreción. La actividad de concreción de los

principios constitucionales debe ser realizada, sobre todo, por el legislador. No obstante, ello no impide que el aplicador del Derecho pueda acometer esa misma labor cuando el desarrollo del principio conduzca a resultados obligados en cuanto a la determinación de la regla a aplicar, de modo que la actividad del órgano judicial estaría lo suficientemente delimitada por la normativa vigente como para evitar una suplantación de la función legislativa (ZAGREBELSKY).

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

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

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

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

1. El principio de legalidad se traduce jurídicamente en la primacía de la ley en cuanto expresión de la voluntad popular como se recuerda en el Preámbulo de la Constitución. Todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la CE y a la ley como establece el artículo 9.1 CE. Expresión

específica de este principio es la sumisión a la ley de la actividad administrativa que proclama el artículo 103 CE.

2. El principio de jerarquía que, junto con el principio de competencia y procedimiento, regula las relaciones dentro de un sistema normativo. El contenido material de este principio, como señala SANTAMARÍA PASTOR, tiene dos vertientes:
  - a) una positiva, la norma superior puede derogar o modificar válidamente la inferior, salvo que se halle protegida por los principios de competencia o procedimiento,
  - b) otra negativa, que se reduce a la nulidad de la norma inferior que contradice los preceptos de la superior; así son nulas las leyes que contradigan la CE, y también lo son los reglamentos que vulneren lo previsto en las leyes y, por supuesto, en la CE.
3. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La arbitrariedad en la actuación de la Administración equivale a su no adecuación a la legalidad, trátase de una actividad reglada o discrecional; en cambio, la arbitrariedad del legislativo es posible, como ha apuntado el TC, cuando se viola un precepto constitucional o cuando el acto legislativo engendra desigualdad. Para evitar esta posible arbitrariedad de los poderes públicos la CE introduce un importante mecanismo revisor a través de los tribunales ordinarios y el TC.
4. El principio de responsabilidad de los poderes públicos. Los poderes públicos están obligados a sujetar su actuación al ordenamiento jurídico y les está vedada la arbitrariedad, en consecuencia, una actuación inadecuada en este sentido genera responsabilidad. La misma CE ha recogido en distintos preceptos manifestaciones singulares de este principio: es el caso del artículo 106.2 CE respecto a la responsabilidad por las lesiones patrimoniales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, o del artículo 121 relativo a los daños causados

por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

5. El principio de seguridad jurídica. Principio de gran alcance, pues no en vano el TC lo ha configurado como la suma de la certeza, legalidad, jerarquía, publicidad normativa, prohibición de la irretroactividad no favorable e interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, esta seguridad jurídica, entendida como confianza que pueden tener los ciudadanos en la observancia y respeto de situaciones jurídicas derivadas de normas válidas y vigentes, tampoco es un valor absoluto, pues lo contrario daría lugar a una congelación del ordenamiento jurídico que ha de responder a la realidad de cada momento. Y así ha declarado el TC que si bien este principio vincula al legislador de igual modo que al resto de los poderes públicos, no puede invocarse para reivindicar derechos adquiridos.
6. El principio de publicidad, requisito ineludible de la seguridad jurídica, se impone necesariamente ya que si el Derecho no fuera público no habría pauta cierta de conducta y los ciudadanos no podrían conocer las consecuencias de sus actos. Este principio tiene también una importante manifestación en el artículo 120.1 CE al señalar que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento».
7. El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Con ello el principio de irretroactividad reconocido con carácter general en el art. 2.3 CC, se prevé expresamente en la Constitución para dos tipos de normas:
  - a) respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables, cuyo ámbito es el llamado Derecho Sancionador, tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador, constitucionalizándose así un precepto clásico del Derecho Penal. De este principio constitucional ha deducido el TC, con una interpretación *contrario*

*sensu*, que la CE garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable,

- b) respecto de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, se planteó qué debía entenderse por «derechos individuales». En un primer momento el TC sostuvo en su Sentencia de 20 de julio de 1981 que por «derechos individuales» no había de entenderse «derechos adquiridos» sino los derechos fundamentales del Título I de la CE. Finalmente el TC ha equiparado los «derechos individuales» del artículo 9.3 CE a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1.ª, del Capítulo 2.º del Título I de la CE. De esta forma, el principio del Estado social que proclama el artículo 1.1 de la Constitución puede desplegar sin obstáculos todas sus potencialidades transformadoras.

La distinción entre principios constitucionales y normas programáticas no admite una línea divisoria clara. Sin embargo existen diferencias entre ambos tipos de normas. Mientras los principios, que actúan en relación con la coherencia interna del ordenamiento jurídico, atienden a la forma en que se desarrolla la acción normativa, las normas programáticas se refieren a los fines político-sociales del ordenamiento y, por tanto, a la finalidad de la acción normativa (ZAGREBELSKY). Podría decirse, pues, que los principios se refieren en mayor medida al modo en que se ejercita la actividad normativa, mientras que las normas programáticas se refieren a los fines que deben perseguirse a través de esa actividad normativa.

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

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

Esta fórmula abre el articulado de la Constitución, ya que son las primeras palabras del párrafo primero del artículo 1 las que la recogen

solemnemente: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [...]» (art. 1.1 CE).

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

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

Esta situación comienza a variar a partir del último tercio del siglo XIX con la incorporación al proceso político de la clase obrera, la aparición de los partidos de masas y la progresiva extensión del sufragio. El Estado experimenta una transformación radical de modo que el Estado liberal del XIX deviene en un Estado básicamente proveedor de servicios sociales que adquirirá carta de naturaleza sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial. El Estado social es, en definitiva, una consecuencia del proceso de democratización del Estado. El Estado democrático conduce inevitablemente al Estado social, ya que deberá atender a las demandas de toda la sociedad y no solamente a las de una parte de la misma.



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

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

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

A su vez el Capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del Título I CE, recoge una serie de normas sociales (LÓPEZ

GUERRA) en las que se reconocen una serie de derechos económicos y sociales dirigidos a garantizar un mínimo nivel asistencial de todos los ciudadanos y especialmente de determinados sectores sociales.

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

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

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

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

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

Este proceso evolutivo se puede secuenciar en tres etapas distintas:

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

que un Estado que no sea democrático no es tampoco un Estado de Derecho, independientemente de que se mantengan algunos de los elementos característicos del Estado de Derecho de las etapas anteriores. Así entendido, el Estado democrático de Derecho constituye el fundamento de nuestro texto constitucional, de suerte que la inmensa mayoría del articulado de la CE tiene que ser considerado como normativa de desarrollo de este principio general.

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

- a) La proclamación de la soberanía popular (art. 1.2 CE).
- b) El pluralismo político y social: el principio democrático como concepción plural de la sociedad viene ya recogido en el Preámbulo al proclamar la voluntad de la Nación española de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Pero esta concepción plural de la sociedad trasciende también al articulado: el artículo 1.1 CE reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico el pluralismo político; el art. 6 CE constitucionaliza los partidos políticos, y el artículo 7 CE hace lo propio con los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales.
- c) El reconocimiento de la participación de los ciudadanos en sus diversas manifestaciones. La democracia como participación es consecuencia obligada de la atribución al pueblo español de la soberanía conforme al artículo 1.2 CE: si los poderes del Estado emanan del pueblo, el proceso político ha de asentarse en la participación de los ciudadanos. En este sentido establece el artículo 23 CE que «los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Igualmente nuestra CE ha previsto como institución

de democracia directa el concejo abierto del artículo 140 CE, y como instituciones de democracia semidirecta la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE); el referéndum, con sus distintas modalidades: referéndum constitucional, tanto en su modalidad obligatoria como facultativa, el referéndum consultivo y los referéndums autonómicos, tanto de iniciativa autonómica como de aprobación y reforma de los Estatutos; el derecho de petición del artículo 77 CE; en el ámbito judicial, la acción popular y el jurado conforme al artículo 125 CE; o en el ámbito administrativo las modalidades de participación del artículo 105 CE. Además, el propio artículo 9.2 CE señala que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

## **5 LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

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

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

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

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

excluida para la reforma de la Constitución la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 87.3 CE.

Así pues, son titulares del derecho de iniciativa de la reforma constitucional, el Gobierno, el Congreso y el Senado, y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

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

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

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

### *5.2.1 Reforma constitucional*

Está regulado en el artículo 167 CE:

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

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

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

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

### *5.2.2 Revisión constitucional*

Este procedimiento habrá de seguirse cuando se propusiese un cambio de Constitución, es decir, una reforma total de la misma, o para la reforma de las decisiones políticas fundamentales (Título Preliminar), los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título I) y para la Corona (Título II) (art. 168.1 CE).

En el caso de que ése sea el objeto de la reforma «se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes» (art. 168.1 CE). Del tenor literal de este

precepto parece desprenderse que las Cámaras no se pronunciarían en esta fase del procedimiento sobre un determinado texto articulado, sino únicamente sobre la conveniencia u oportunidad de la revisión constitucional.

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

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

### **5.3 Ratificación mediante referéndum**

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

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

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



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

Nuestro texto constitucional había conocido en toda su historia una sola reforma (reforma de 27 de agosto de 1992, BOE núm. 207, de 28 de agosto de 1992); la reforma obligada del artículo 13.2 CE para adecuar la Constitución al Tratado de Maastricht de 1992, que reconocía a los ciudadanos comunitarios el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales. Sin embargo, como es sabido, recientemente se ha reformado el artículo 135 CE (BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011) a fin de constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria y vincular de ese modo a todas las administraciones públicas en su consecución.

## **Bibliografía:**

ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K.: *El Estado social*, Madrid, 1986. ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.ª ed., 2008. ALZAGA VILLAAMIL, Ó.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., y RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho político español según la Constitución de 1978, I y II*, Madrid, vol. I, 4.ª ed., 2007, vol. II, 4.ª ed., 2008. ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, 2001. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 4.ª ed., 2009. BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VARELA, J., y REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1999. BLANCO VALDÉS, R.: *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 2006. ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, vol. I, 2.ª ed., 2001, vol. II, 1.ª ed., 2004, vol. III, 1.ª ed., 2000. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1997. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, 1995. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978», *RDPol*, 71-72 (2008). GARCÍA PELAYO, M.: «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.ª ed., Madrid, 1985. GARRORENA MORALES, A.: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1984. JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *RDPol*, 7 (1980). KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª ed., de 1960; versión española, UNAM, México, 1981. LEGUINA VILLA, J.: «Principios generales del Derecho y Constitución», *RAP*, n.º 114, 1987. LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.ª ed., 2007. LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. 1, 2.ª ed. (4.ª reimpr.), 1992, vol. 2, 3.ª ed. (rev.), 1986, vol. 3, 2.ª ed. (rev. y ampl.), vol. 4, 2.ª ed. (rev. y ampl.), 1984. LUCAS VERDÚ, P., y LUCAS MURILLO, P.: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 3.ª ed., 1994. MARAVALL HERRERO, J. M.: *La política de la transición*, Tauros, Madrid, 1984. ORZA LINARES, R. M.: *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Granada, 2003. OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 2.ª ed., 1988. PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, CEURA, Madrid, 1990. PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; «Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución», *REDC*, 69 (2003) TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, 2 vols., Madrid, 5.ª ed., 2004. VEGA GARCÍA, P. de: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985. ZAGREBELSKY, G.: *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1988.

Vicente A. Sanjurjo Rivo

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

## **TEMA 3**

### **Derechos y libertades. Derechos fundamentales y libertades públicas. Derechos y deberes de los ciudadanos.**

#### ÍNDICE

#### INTRODUCCIÓN.

##### 1. Derechos y libertades

1.1 El Título Primero de la Constitución como Declaración de Derechos.

1.2 El concepto de derechos fundamentales.

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

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

2.2. Libertad ideológica, religiosa y de culto.

2.3. Derecho a la libertad y a la seguridad.

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

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

2.6. Derecho de reunión pacífica y sin armas.

2.7. Derecho de asociación.

2.8. Derecho a participar en los asuntos públicos.

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

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

2.11. Derecho a la jurisdicción ordinaria.

2.12 Derecho a la educación.

2.13 derecho a la sindicación.

2.14. Derecho de petición individual y colectiva

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

3.1. Derecho y el deber de defender a España.

3.2. Deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos

3.3. Derecho a contraer matrimonio

3.4. Derecho a contraer matrimonio

3.5. Derecho de fundación.

3.6. Deber y derecho al trabajo.

3.7. Colegios profesionales democráticos.

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

3.9. Libertad de empresa.

## INTRODUCCIÓN

Los apartados de este tema se corresponden con el capítulo II del Título I de la Constitución. Para su mejor entendimiento, se transcribe a continuación la estructura del Título I:

Título I. De los derechos y deberes fundamentales.

Capítulo I. De los españoles y los extranjeros.

Capítulo II. Derechos y libertades.

Sección 1ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Sección 2ª. De los derechos y deberes de los ciudadanos.

Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica.

Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Capítulo V. De la suspensión de los derechos y libertades.

Por lo tanto, es objeto del presente tema, en sentido estricto, el Capítulo II del Título I, en sus dos secciones. Los capítulos III, IV y V se estudian en el tema siguiente, no pudiendo negarse el carácter complementario de uno y otro tema.

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

### **1.1. El Título Primero de la Constitución como Declaración de Derechos.**

Tradicionalmente dentro de las constituciones se distingue un doble contenido: por un lado, organizan el poder del Estado (parte orgánica) y, por otro, definen los criterios fundamentales que han de configurar esa organización y su funcionamiento, en especial, en sus relaciones con los individuos (parte dogmática). La declaración de derechos forma parte de este segundo bloque de materias constitucionales, de la parte dogmática, representando su núcleo esencial. En las declaraciones de derechos se definen, pues, los límites materiales que la dignidad humana impone al poder público, determinando, a la vez, los fines básicos que dicho poder debe perseguir en su acción diaria.

Los derechos fundamentales son, por tanto, un elemento estructural del Estado de Derecho de manera que difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas: sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales. Prueba manifiesta de esta interdependencia se encuentra en la evolución que han experimentado ambos conceptos, evolución que ha corrido pareja, renovándose y completándose. Así, el paso del Estado liberal decimonónico al Estado democrático sólo es comprensible por la ampliación de determinados derechos fundamentales, en especial, del derecho de voto; a su vez, sólo puede hablarse del Estado social de Derecho a partir del reconocimiento y eficacia de derechos de naturaleza social. Dicho de otra manera, los derechos fundamentales no son sólo un límite jurídico al poder público dentro del sistema democrático; son, por encima y antes de ello, un elemento necesario e imprescindible de dicho sistema, de manera que no es posible hablar de democracia sin derechos fundamentales porque ambos conceptos se funden y se presuponen recíprocamente.

La Constitución posee en el Título Primero, dedicado a los «derechos y deberes fundamentales», uno de los pilares básicos de la definición del Estado como «social y democrático de derecho» (art. 1 CE). Este Título

Primero representa, pues, la declaración de derechos del ordenamiento español por cuanto en él, siguiendo la tradición constitucional, se enumeran los derechos fundamentales. Estos toman su denominación de «fundamentales» de la importancia que poseen dentro del ordenamiento como elemento material básico para configurar el sistema jurídico y político.

Coherentemente con las funciones que cumplen las declaraciones de derechos, los derechos fundamentales reconocidos por el Título Primero poseen una doble naturaleza. Por una parte, tienen una finalidad que se ha denominado «axiológica» ya que, siguiendo palabras del Tribunal Constitucional, «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución» (STC 25/81, caso Legislación antiterrorista I). Los derechos fundamentales, desde esta perspectiva, poseen una naturaleza objetiva como elemento que define la estructura política y jurídica del Estado.

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

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



Tradicionalmente se discute sobre cuál es la auténtica naturaleza de los derechos fundamentales; para unos, los derechos fundamentales son derechos anteriores a la constitución y al ordenamiento jurídico, y derivan de la propia naturaleza (tesis iusnaturalista); para otros, en cambio, los derechos fundamentales sólo existen en la medida en que se establecen en el ordenamiento jurídico (tesis positivista); un tercer grupo, por fin, cree que los derechos fundamentales proceden de un orden de valores anterior al ordenamiento, pero que sólo adquieren naturaleza de derechos por su positivización (tesis mixta). Cualquiera que sea el fundamento que quiera darse a los derechos fundamentales, lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, su análisis y estudio debe realizarse a partir de su regulación en el ordenamiento, primero en la Constitución y luego, en su caso, en otras normas. Esa es la dimensión que constitucionalmente importa y sólo a partir de ella puede entenderse su auténtico alcance jurídico.

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

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

- El Capítulo Primero («de los españoles y los extranjeros») regula las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, si bien, algunas de esas condiciones representan en sí mismas derechos.
- El Capítulo Segundo («derechos y libertades») es el apartado en el que se sitúa la auténtica declaración de derechos, que se divide a su vez en dos

secciones precedidas del reconocimiento de principio de igualdad ante la ley (art. 14). La primera de esas secciones se denomina «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (arts. 15-29); la segunda se titula «de los derechos y deberes de los ciudadanos» (arts. 30-38).

- El Capítulo Tercero (principios rectores de la política social y económica), como su propia denominación indica, no reconoce propiamente derechos subjetivos sino «principios rectores» que deben presidir la acción de los poderes públicos.

- El Capítulo Cuarto está dedicado a regular las garantías que permiten asegurar la plena efectividad de los derechos constitucionales.

- El Capítulo Quinto, por último, establece las bases de la regulación de la suspensión de los derechos fundamentales durante situaciones excepcionales o de crisis.

Resulta claro, pues, que no todo el Título Primero reconoce derechos fundamentales. Pero, incluso centrándose en éstos, su regulación constitucional no deja de plantear incógnitas. La primera radica en determinar qué hay que entender por «derechos fundamentales». El problema surge porque la doctrina, la jurisprudencia y el propio texto constitucional, en ocasiones, usan expresiones distintas a la de «derechos fundamentales» para referirse a esos derechos que la Constitución considera como básicos. Así, en algunos pasajes de la Norma Fundamental se habla de «derechos y libertades», en otros de «libertades públicas», etc...; también es habitual en la doctrina y en los convenios internacionales sobre la materia la referencia al concepto de «derechos humanos» o al de «derechos del hombre». Esta diversidad de denominaciones responde a distintos motivos, tales como la perspectiva metodológica con que se analice una misma realidad jurídica, a la dimensión histórica de ese análisis, o, incluso, a la propia estructura interna de los distintos derechos. No obstante, desde el punto de vista constitucional, el concepto de «derechos fundamentales» resulta el más adecuado; ello porque, por otra parte, la expresión «derechos fundamentales» sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su

consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza «ordinaria» que los demás derechos subjetivos poseen.

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

En un segundo sentido, más estricto, y más correcto técnicamente, «derechos fundamentales» no son todos los del Título Primero. Dicho de otra manera, no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales. Esta última denominación tiende a reservarse para algunos derechos constitucionales que la Norma Fundamental ha considerado como núcleo central del status jurídico del individuo. En sentido estricto, pues, sólo los derechos consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales, lo que se manifiesta en la especial rigidez exigida para su reforma (art. 168.1 CE), en el sistema reforzado de garantía para ellos previsto (art. 53.2 CE) y en las garantías normativas impuestas a su desarrollo (art. 82 y ss. CE).

No obstante, para amplios sectores doctrinales la calificación de «fundamentales» también es aplicable a los derechos incluidos en la Sección segunda del Capítulo II (arts. 30-38); la cuestión tiene un carácter básicamente nominalista siempre y cuando se tenga presente que el status jurídico de los derechos reconocidos en la Sección primera está mucho más reforzado que el de los de la Sección segunda, aunque obviamente, gozan de todas las características derivadas de su ubicación constitucional. Por lo que respecta al Capítulo Primero, como se ha indicado previamente, en él

no se regulan propiamente derechos, sino condiciones para el ejercicio de éstos; no obstante, también se señaló que, junto a esas condiciones de ejercicio de derechos fundamentales, se reconocen auténticos derechos subjetivos que, en cuanto tales, poseen rango constitucional (derecho de asilo, por ejemplo).

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

En resumen, pues, sólo los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE pueden calificarse en sentido estricto de derechos fundamentales, aunque esta terminología se aplique, en ocasiones, también, a todo el Capítulo segundo e, incluso, de forma técnicamente incorrecta, a todo el Título Primero.

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

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

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

Como se ha vencido diciendo, los derechos fundamentales y libertades públicas son el “nomen iuris” de la Sección primera del capítulo II (Derechos y libertades) del Título I (De los Derechos y deberes fundamentales) de la CE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al

esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 19.

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

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

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

Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos:

1. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
2. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
3. A la libertad de cátedra.

4. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

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

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

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

## **2.7. Derecho de asociación.**

Artículo 22.1. Se reconoce el derecho de asociación.

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

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

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

El artículo 26 prohíbe los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales. “Sensu contrario”, esta prohibición se configura como un derecho a la jurisdicción ordinaria.

### **2.12 Derecho a la educación.**

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

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

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

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

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

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

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el

control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.

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

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

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca.

### **2.13 derecho a la sindicación.**

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

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

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

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

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

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

La Sección II del Capítulo II de Título I regula los derechos y deberes de los

ciudadanos, objeto de este apartado. Esta materia puede completarse con el régimen de las garantías constitucionales de estos derechos, que es objeto del tema siguiente.

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

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

2. La Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

herencia.

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

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

### **3.5. Derecho de fundación**

Artículo 34.1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.

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

Artículo 35.1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.

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

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

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

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

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

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

Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-Tesorero y Secretario-interventor de la Administración local

#### BIBLIOGRAFÍA

GarcíaMorillo (en colaboración) Derecho Constitucional, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

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

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

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

## **TEMA 4**

### **Garantías y tutela de los derechos y libertades. Su suspensión. Principios rectores de la política social y económica**

#### **ÍNDICE**

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

#### **1. Las garantías de los derechos y libertades.**

##### **a) Necesidad de las garantías**

La experiencia histórica ha demostrado que el solo reconocimiento en una norma constitucional no es condición suficiente, aunque si necesaria, para el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Durante mucho tiempo, la influencia de una combinación de racionalismo e idealismo hizo creer que la propia evidencia de la racionalidad de los derechos fundamentales, unida a la consagración constitucional, bastaba para asegurar la efectiva protección de los derechos del hombre.

La realidad histórica puso de relieve, sin embargo, que su indudable justificación y el mero reconocimiento constitucional no bastan para garantizar la efectiva eficacia de los derechos fundamentales. Así, casi todas las Constituciones —utilizado aquí el término en sentido amplio— reconocen teóricamente a los ciudadanos un completo y dilatado elenco de derechos fundamentales cuyo ejercicio es luego, en la práctica, impedido. Nadie niega abiertamente los derechos fundamentales, como nadie proclama su conculcación; por el contrario hasta los más autoritarios regímenes se intentan fundamentar sobre el reconocimiento de las libertades. A veces éstas resultan, pues, formalmente reconocidas, pero este reconocimiento es meramente retórico, de forma que son inexistentes en la práctica. La imposibilidad de ejercer los derechos fundamentales puede obedecer o bien a que la eficacia práctica del reconocimiento constitucional quede supeditada a un desarrollo legislativo posterior que luego resulta inexistente o, cuando existe, restrictivo o represivo, o bien, más pura y simplemente, a que la actuación de los poderes públicos imposibilite dicho ejercicio.

Esta realidad ha llevado a la convicción de que el reconocimiento de los derechos fundamentales no es sino una declaración de carácter metajurídico si no se acompaña de garantías suficientes que aseguren la efectividad del ejercicio de tales derechos: el reconocimiento de los derechos fundamentales debe ir acompañado de la intervención de mecanismos jurídicos que aseguren su protección efectiva. Por tanto, la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real.

La Constitución española, además de reconocer los derechos fundamentales, establece un complejo y completo sistema de protección y garantía de los mismos. Este sistema de protección, directamente derivado de la Constitución, asegura la existencia en nuestro ordenamiento de auténticas libertades públicas y permite, por tanto, afirmar el pleno reconocimiento de que los derechos fundamentales gozan en nuestro



sistema.

## b) Garantías genéricas y jurisdiccionales

El bloque garantista comprende distintos mecanismos de diversa índole. De acuerdo con su naturaleza, pueden catalogarse en dos grandes grupos. En el primero de estos grupos se integrarían aquellos mecanismos que atienden, en abstracto, a evitar que la actuación, también general y abstracta, de los poderes públicos pueda redundar en un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. En razón de ese carácter general y abstracto, se ha denominado a estos mecanismos garantías genéricas. Su objeto fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que desarrollen derechos fundamentales despojen a éstos del contenido y la eficacia con que la Constitución pretende dotarlos. El destinatario de estas garantías, pues, no es tanto el ciudadano individual como la colectividad.

Otros mecanismos, sin embargo, revisten distinto carácter. Se trata de instrumentos reactivos, que se ofrecen a los ciudadanos para que, en cada caso singular en que se repute producida una vulneración de un derecho fundamental, puedan acudir a ellos y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo. Su objeto no es, pues, prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, pretenda menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos fundamentales de que pueda ser objeto en cada caso concreto. Como en un Estado de Derecho esa reacción tiene lugar, normalmente, instando la actuación de los órganos jurisdiccionales, pueden agruparse bajo la denominación de garantías jurisdiccionales.

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

El primer mecanismo de garantía es la especial naturaleza jurídica de los derechos fundamentales o, más en concreto, de los artículos recogidos en el Capítulo 2º del Título I de la CE. Estos preceptos son, en su propio tenor constitucional, directamente aplicables, con independencia de que exista o no norma de rango inferior a la Constitución que los desarrolle. La directa aplicabilidad de los artículos que nos ocupan se deriva de la propia Constitución. En efecto, es el mismo texto constitucional, en el art. 53.1, el que establece tajantemente que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2º del Título I «vinculan a todos los poderes públicos». Como ya se vio en la lección 6ª, esta declaración constitucional no tiene más que un sentido: el de reforzar la fuerza vinculante —que es general a todo el texto constitucional— de los preceptos aludidos. Pero, además, el objetivo del art. 53.1 de la CE es garantizar la directa aplicabilidad, sin necesidad de mediación legislativa alguna, de los preceptos constitucionales a que se refiere. Esta directa aplicación de los derechos fundamentales ha sido consagrada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC 21/81, caso Pitarch) que «los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos». Aplicabilidad directa que, por otro lado, ha quedado consagrada en la legislación ordinaria. Así, la LO 6/85, del Poder Judicial, prescribe (art. 7.1) que «los derechos fundamentales y las libertades públicas vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales, y están garantizados bajo la efectiva tutela de los mismos». A mayor abundamiento, el nº 2 del mismo precepto señala que «en especial, los derechos enunciados en el art. 53.2 de la CE se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan, en ningún caso, restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

La directa aplicación de los derechos fundamentales constituye una garantía de la mayor relevancia para su plena efectividad. Merced a ello se impide que el fenómeno conocido como «legislación negativa» perturbe la eficacia de dichos derechos. La legislación negativa consiste en que, en los supuestos en que una determinada previsión normativa precise ser desarrollada por normas de rango inferior, no se lleguen a aprobar dichas normas. Pues bien, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales —en los que se da con frecuencia el caso de que la Constitución remita a un desarrollo legislativo— impide que el eventual fenómeno de la legislación negativa prive de eficacia los preceptos constitucionales reguladores de derechos fundamentales.

Esta aplicabilidad directa es lo que ha permitido que diversos derechos fundamentales (p.e., el de asociación) que durante un periodo relativamente largo estuvieron regulados, o lo están, incluso, en la actualidad, por leyes preconstitucionales, sean ejercidos de conformidad con los mandatos constitucionales. En efecto, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales opera de forma combinada con la Disposición Derogatoria de la CE, en forma tal que soluciona los problemas planteados por la situación, que en algunos casos se da, en que la ausencia de desarrollo legislativo postconstitucional coincide con la existencia de normas preconstitucionales reguladoras de un derecho fundamental. De no ser por la resultante de la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales y de los efectos de la Disposición Derogatoria, tales normas podrían considerarse aplicables en su integridad. Ello produciría el indeseable resultado de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales se vería desvirtuado por la aplicación de una legislación preconstitucional y claramente restrictiva.

En tales casos el carácter prevalente de la Constitución, y la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, conjugados con la Disposición Derogatoria, producen que decaiga la vigencia de las normas

preconstitucionales que se opongan en la Constitución. De esta forma, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución cobran plena eficacia aún cuando no hayan sido objeto de desarrollo legislativo e, incluso, aunque existan normas anteriores a la Constitución y contradictorias con ella.

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

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

b) La reserva de ley orgánica

Esta reserva de ley prevista en el art. 53.1 de la CE es genérica y afecta a todos los derechos reconocidos en el Capítulo 2º del Título I de la CE. Sin embargo, la reserva de ley genérica se concreta, reforzándose, en relación con las libertades públicas reconocidas en la Sección 1ª del propio Capítulo 2º. En efecto, si todos los derechos recogidos en el Capítulo 2º no pueden regularse sino por ley, los regulados en los arts. 14 a 29 de la norma fundamental sólo, y solamente ellos, pueden ser desarrollados mediante ley orgánica (STC 116/99, caso Técnicas de reproducción asistida). Como se vio más arriba, la ley orgánica requiere, para su aprobación o modificación, de la votación favorable de la mayoría absoluta del Congreso. Así pues, si todos los derechos y libertades deben ser regulados, en su caso, mediante ley, los derechos fundamentales no pueden serlo sino por ley orgánica. Se introduce, con ello, una garantía adicional del desarrollo legislativo de las libertades públicas, al exigirse para ello una mayoría cualificada. Como lógico corolario de todo ello, el art. 86.1 de la CE impide que los Decretos-leyes afecten a los derechos y libertades reconocidos en

el Título I. Se veta, con ello, la posibilidad de que el Ejecutivo pueda, por si solo, aprobar normas que regulen las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

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

c) El alcance de la reserva de ley orgánica

No resulta ocioso hacer aquí alguna precisión respecto al alcance de la reserva de ley orgánica, y ello en dos sentidos. En primer lugar, es preciso señalar que la reserva de ley orgánica no implica que las demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales. Ello, entre otras cosas, sería del todo imposible, por la obvia razón de que son muy pocas —si es que hay alguna— las normas jurídicas que, mediata o inmediatamente, no guarden relación con algún derecho fundamental. Por ello, mantener a este respecto un criterio estricto llevaría a la conclusión de que la mayor parte del ordenamiento debiera estar formado por leyes orgánicas. No es éste, evidentemente, el sentido de las previsiones constitucionales. Lo que la Constitución pretende es que se desarrollen por ley orgánica los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho fundamental de que se trate. Dicho en otros términos, lo que se persigue es que las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales sean regulados mediante una ley orgánica. Así, la expresión «relativa al desarrollo de los derechos fundamentales» que se utiliza en el art. 81.1 de la CE, hay que entenderla en el sentido de «reguladoras de las formas y condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales y de los límites de éstos». Como el Tribunal Constitucional ha señalado, el mandato del art. 81.1 no puede entenderse en un sentido amplio; resulta evidente que muchas normas afectan directa o indirectamente a derechos fundamentales. Por tanto, si la previsión del art. 81.1, o la expresión

«afectar» del art. 86.1 —que excluye que los Decretos-leyes «afecten» a derechos fundamentales—, se entendieran con un alcance expansivo, ello redundaría en la inutilización de otros instrumentos normativos, señaladamente los Decretos-leyes. De ahí que el Tribunal Constitucional haya señalado la necesidad de una interpretación restrictiva de los términos «desarrollen»—contenido en el art. 81.1 de la CE— o «afecten» —art. 86.1 de la CE. Por «desarrollo» habrá, pues, que entender la regulación básica de las condiciones de ejercicio de los derechos y, desde luego, aquello que atañe a su contenido esencial; por «afectar», de otro lado, habrá que entender aquello que repercuta efectivamente sobre el régimen de ejercicio o disfrute del derecho (STC 173/98, caso Ley vasca de asociaciones, por ejemplo).

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

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

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

### a) Concepto

Así pues, solo por ley pueden regularse los derechos reconocidos en el Capítulo 2º del Título I, y esa ley ha de ser orgánica si desarrolla las libertades públicas reconocidas en los arts. 15 a 29 de la CE. Pero ni siquiera el legislador, ni aún el legislador orgánico, puede regular con absoluta discrecionalidad los derechos fundamentales. No cabe un desarrollo legislativo de los derechos fundamentales que restrinja su contenido o las condiciones de su ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto.

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

La obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades impone, en realidad, un límite al legislador: éste puede, y aún debe, desarrollar legislativamente los preceptos constitucionales; pero no puede hacerlo de tal forma que el reconocimiento constitucional se torne inoperante. El problema jurídico se plantea, claro está, a la hora de definir los contornos del contenido esencial de un derecho concreto. Porque no cabe duda de que, dentro del marco constitucional previsto, el legislador dispone de un margen de maniobra que le permite modular las condiciones, formas y efectos del ejercicio de un derecho en la manera que considere más adecuada. Se trata, pues, de respetar obligadamente un

núcleo mínimo, a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos.

b) Delimitación

Se hace preciso, pues, en cada caso, determinar si la actuación del legislador ha invadido el núcleo intangible del derecho, conculcando su contenido esencial, o se ha limitado a modular su ejercicio dentro del margen de actuación de que dispone. La delimitación de ese núcleo intangible habrá de realizarse considerando cual es el mínimo condicionante que permite afirmar la subsistencia del derecho o libertad y de la posibilidad de ejercerlo. Expresado en otros términos, habrá que pensar donde se sitúa la división que permite hablar del efectivo disfrute — con las condiciones que sean— del derecho o que, por el contrario, obliga a constatar la imposibilidad material de ejercerlo.

La noción del contenido esencial de los derechos fundamentales es, pues, predominantemente casuística: habrá que estar al concreto desarrollo de cada derecho constitucionalmente reconocido para determinar si dicho desarrollo respeta o no el contenido esencial del mismo. Para llevar a cabo esta determinación existen básicamente dos criterios. El primero de ellos implica el recurso a la noción generalmente admitida de lo que un derecho significa. Las palabras reconocen realidades y, por tanto, cuando se expresa con palabras un derecho, existe un referente generalmente admitido de lo que ese derecho comporta. Desde esta perspectiva, el contenido esencial de un derecho sería aquel que lo hace reconocible como perteneciente a aquella categoría jurídica con la que, de acuerdo con la idea generalmente aceptada, se corresponde. Aunque se trate de una noción en no pequeña medida subjetivista y, desde luego, vinculada con un determinado momento histórico, es claro que existe una noción generalmente asumida de lo que son, por ejemplo, la libertad de asociación o el derecho de huelga. Pues bien, el contenido esencial de estos derechos son aquellos rasgos que los integran en esas nociones generalmente asumidas de los mismos. De esta suerte, si un determinado derecho no



reúne, en su desarrollo legislativo, esos rasgos que lo identifican como perteneciente a la noción generalmente asumida, se vulnera su contenido esencial. Este, por lo tanto, estaría constituido por el conjunto de rasgos que permiten reconocer a un derecho como perteneciente al tipo, idea o categoría generalmente asumida del mismo.

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

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 11/81, caso Decreto-ley sobre la huelga) ambos criterios de determinación del contenido esencial de un derecho no son antitéticos ni alternativos, sino complementarios. De esta suerte, cada vez que se pretenda determinar si el desarrollo legislativo de un derecho respeta su contenido esencial, habrá que analizar si dicho desarrollo legislativo permite reconocer el derecho que se regula como correspondiente a la idea que generalmente se tiene de él, y habrá que comprobar, igualmente, si los intereses jurídicos reales y concretos que se pretende proteger con el reconocimiento constitucional del derecho quedan efectivamente protegidos con tal desarrollo legislativo. Si ello no es así, esto es, si el desarrollo legislativo desnaturaliza el derecho e impide reconocerlo como perteneciente a la idea que generalmente se tiene de él, o si se concluye que la norma que desarrolla el derecho no protege adecuadamente los intereses cuya protección pretende la Constitución, entonces se habrá desconocido el contenido esencial del derecho.

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

##### **a) Concepto**

La institución del Defensor del Pueblo está contemplada en el art. 54

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

En relación a los derechos fundamentales, le corresponde al Defensor del Pueblo interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo. En este caso, es la propia Constitución, en el art. 162.1 a) y b), la que le ha atribuido legitimación para incoar ambos procedimientos. El Tribunal Constitucional parece haberse inclinado por interpretar esta doble legitimación en un sentido literal y amplio, sin restringirla al ámbito de la competencia del Defensor del Pueblo, esto es, la defensa de los derechos y libertades frente a la actuación de la Administración pública (STC 150/90, caso Recargo del tres por ciento).

(El estudio específico de esta institución corresponde al tema 7).

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

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

#### **a) Concepto**

Como todos los demás derechos e intereses legítimos, los derechos fundamentales son defendibles ante la jurisdicción ordinaria, ejercitando el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero dada su relevancia en el sistema, la Constitución ha querido proporcionar, además, mecanismos extraordinarios de protección, bien por parte de los órganos judiciales ordinarios, a través de «un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», o por parte del Tribunal Constitucional, mediante el «recurso de amparo constitucional». Esta doble protección jurisdiccional —ante la Justicia ordinaria, administrada por jueces y

magistrados independientes y sometidos exclusivamente al imperio de la Ley, o ante el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución— cierra el círculo del complejo y acabado sistema de garantías que la Constitución dispone para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales.

La protección judicial de los derechos fundamentales arranca, pues, del art. 53.2 de la CE. Este precepto configura los derechos fundamentales como auténticos derechos subjetivos susceptibles de ser protegidos mediante el recurso a los Tribunales. La peculiaridad de este precepto constitucional se pone de relieve al compararlo con el número siguiente del propio artículo, que excluye expresamente de la categoría de derechos subjetivos de directo origen constitucional a los «principios rectores» recogidos en el Capítulo 3º del Título I de la CE. Aún más, la protección prevista en el art. 53.2 de la CE ni siquiera alcanza a todos los derechos recogidos en el Capítulo 2º del Título I de la CE: se limita, exclusivamente, a los derechos recogidos en los arts. 14 a 29.

El art. 53.2 de la CE tiene un doble efecto. Por un lado, prevé una acción procesal, o, para ser más exacto, da cobertura a un conjunto de acciones procesales ejercitables en defensa y protección —en tutela, según la terminología constitucional— de los derechos fundamentales, cerrando así el círculo de preceptos constitucionales que hacen de los derechos fundamentales derechos subjetivos cuya protección o reparación es exigible ante los tribunales ordinarios; por otro lado, el mismo artículo instituye, para el ejercicio de esas acciones en tutela de las libertades públicas, un procedimiento caracterizado in genere por dos notas: preferencia y sumariedad. Lo que distingue a este procedimiento (o procedimientos, como se verá más adelante) es que el órgano llamado a realizar la protección es un juzgado o tribunal ordinario integrado en el Poder Judicial, a diferencia de lo que sucede con el amparo constitucional, que se residencia ante el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, tradicionalmente, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se han enfocado a prevenir e impedir sus posibles vulneraciones por parte de los poderes públicos: se supone que son dichos poderes los que pueden realizar una utilización abusiva de las facultades que tienen conferidas, utilización que, en su caso, puede redundar en una conculcación de los derechos fundamentales. Existe, así, una concepción generalizada de que los derechos fundamentales deben proteger, sobre todo, frente a los poderes públicos, en cuanto que éstos disponen de instrumentos poderosos que otorgan una mayor facilidad para la vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, como se ha visto, la protección de los derechos no está articulada sólo frente a los poderes públicos sino, también, frente a los particulares.

#### b) Desarrollo

Pese a lo que pudiera deducirse de una lectura apresurada del art. 53.2 de la CE, y tal y como se ha apuntado previamente, la tutela de los derechos fundamentales que deben dispensar los jueces y tribunales ordinarios no se encuentra articulada en torno a un único procedimiento sino que dicho precepto constitucional ha encontrado desarrollo mediante un complejo sistema de acciones procesales distintas, aunque complementarias.

Este sistema de mecanismos judiciales de protección de los derechos y libertades consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE se organiza, en primer lugar, adecuándose a la propia estructura procesal española. En efecto, poco a poco, se ha ido configurando un sistema de garantías incardinado en la propia organización de la jurisdicción española de manera que, en lugar de establecer una única acción, lo que se ha hecho es establecer procedimientos específicos en cada orden jurisdiccional. Dicho de otra manera, como regla general, no existe un juez especial de los derechos fundamentales sino que las leyes procesales han establecido

procedimientos específicos a seguir en aquellas acciones en las que se denuncian derechos fundamentales. Así, todas las leyes procesales generales tienen previsiones en este sentido, de forma que la vía a seguir dependerá exclusivamente de la materia de la que se trate según las reglas generales de reparto entre los distintos órdenes jurisdiccionales, lo que, a su vez, viene marcado por la naturaleza del acto objeto de impugnación. Así, la LJCA regula en su Capítulo I del Título V un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, recurso preferente y sumario del art. 53.2 de la CE frente a los actos de las distintas Administraciones Públicas, como regla general; la Ley de Procedimiento Laboral regula, asimismo, en el Capítulo XI del Título II del Libro II un mecanismo de defensa de la libertad sindical, extensible a la protección de los demás derechos dentro del orden laboral (art. 181), mecanismo que juega como desarrollo en este ámbito del art. 53.2 de la CE; por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil ( Ley de 7 de enero de 2000 ) establece como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales el juicio ordinario (art. 249), por lo que es esta la vía de tutela judicial civil a partir de la entrada en vigor de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, en el año 2001; también existe en el ámbito de la jurisdicción militar un procedimiento «preferente y sumario» de defensa de los derechos fundamentales (Título V); por último, en el ámbito penal.

De lo expuesto, se deduce, pues, que la protección de derechos a través de la jurisdicción ordinaria prevista en el art. 53.2 de la CE se ha desarrollado de manera sectorial, dentro de los distintos órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, a este «desarrollo» sectorial hay que añadir algunas reflexiones adicionales.

En primer lugar, junto a esos «desarrollos» sectoriales, pero generales en su ámbito, existen algunos mecanismos procesales específicos que sirven para proteger ciertos derechos fundamentales, mecanismos específicos que se justifican por las particularidades de los actos que pueden generar

la lesión de esos derechos; es el caso de la LO 6/84, reguladora del habeas corpus, de la LO 2/1984, reguladora del derecho de rectificación, o de los recursos contencioso-electorales previstos en la LOREG 5/1985 (arts. 49 y 114), o del art. 122 de la LJCA en relación con el derecho de reunión.

En segundo lugar, hay que señalar, también, que las lesiones de los derechos fundamentales que procedan directamente de órganos judiciales, tanto “in procedendo” como “in iudicando”, no poseen ningún mecanismo específico de protección ante la jurisdicción ordinaria, sino que habrá que procurarse su reparación mediante los correspondientes recursos que en cada caso quepan; cuestión distinta es que, a menudo, las leyes procesales prevean como motivo para interponer un recurso contra una decisión judicial precisamente el que esa resolución judicial se haya dictado bien violando derechos fundamentales o, sobre todo, en virtud de un procedimiento lesivo de éstos.

## **2.2. El amparo constitucional: ideas generales y remisión.**

### **a) Concepto**

El art. 53.2 de la CE señala que los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución, así como la objeción de conciencia, son protegibles, además de por el amparo judicial, a través del amparo constitucional. El amparo constitucional se configura, pues, como una garantía específica más de los derechos fundamentales. Es un instrumento más, el último en el ámbito nacional, de reacción frente a una posible vulneración de un derecho fundamental. De este rasgo reactivo frente a las vulneraciones concretas de derechos fundamentales proviene su carácter de garantía específica.

La característica más específica del recurso de amparo constitucional deriva, precisamente, del órgano ante el que se residencia: a diferencia del

amparo judicial, que, como se vio, se insta de los órganos jurisdiccionales ordinarios, el amparo constitucional se solicita, precisamente, del Tribunal Constitucional. De ahí —más, incluso, que del carácter evidentemente constitucional de los derechos cuya protección canaliza— proviene su nombre, y de ahí, también, derivan sus características más distintivas, que lo singularizan respecto de los demás recursos.

El amparo constitucional es, pues, un recurso por el que se solicita del Tribunal Constitucional la preservación o, en su caso, restablecimiento de un derecho fundamental que se reputa conculcado. Se configura, pues, como último recurso para evitar la vulneración de derechos fundamentales o, si ya se ha producido repararla.

#### b) Función

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

Esta función del amparo constitucional ha quedado plasmada en el art. 5.1 de la LOPJ 6/1985, cuando señala que «los jueces y tribunales ..... interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

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

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

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

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

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

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

Por último, y si todos los mecanismos nacionales de protección resultan infructuosos, los derechos fundamentales pueden ser defendidos, también, ante instancias internacionales, y más concretamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de Estrasburgo. España es signataria del Convenio de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de la Persona (CEDH), que, entre otras cosas,



instituye un órgano jurisdiccional encargado de la protección de los derechos recogidos en el Convenio: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En cuanto signataria del Convenio, España está sujeta tanto a los derechos en el mismo consagrados como a la jurisdicción del TEDH.

La protección que dispensa el TEDH se limita, como es lógico, a los derechos consagrados en el CEDH y en los Protocolos que lo amplían; por tanto, y desde el punto de vista interno, sólo pueden ser protegidos por este procedimiento los derechos fundamentales recogidos en la Constitución que coinciden con los reconocidos en el CEDH; en todo caso, la coincidencia entre la declaración constitucional y el CEDH es muy amplia, máxime si se tiene en cuenta que el art. 10.2 de la CE impone que el CEDH se utilice como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

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

Sin entrar a exponer las particularidades del procedimiento que se sigue ante el TEDH, sí conviene destacar que sus decisiones tienen una doble importancia constitucional. Desde el punto de vista general, y como consecuencia de la previsión ya citada del art. 10.2 de la CE, la jurisprudencia del TEDH es un instrumento muy importante para interpretar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, y así lo ha

señalado el propio Tribunal Constitucional español (STC 50/89, caso Dilaciones en San Feliú de Llobregat, por ejemplo). Desde el punto de vista individual, del caso concreto, aunque las Sentencias del TEDH tienen un efecto meramente declarativo, el Tribunal Constitucional ha estimado que, constatada una lesión de derechos por el TEDH, ésta debe ser reparada en el ámbito interno (STC 245/91, caso Bultó 2).

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

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

La Constitución española regula esta materia en sus arts. 55.1 y 116, que se encuentran desarrollados por la LO 4/81, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Las características fundamentales que poseen las situaciones de excepción, tal como han sido reguladas en España, son las siguientes.

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

Por otra parte, el mismo art. 116 de la CE introduce algunos mandatos tendentes a garantizar la regularidad del funcionamiento del esquema democrático de reparto de poder. A este respecto, y para evitar abusos del Poder Ejecutivo fortalecido por la declaración de una situación excepcional, se prohíbe la disolución del Congreso durante la vigencia de dicha

situación. Asimismo, se establece que si se declara alguno de los estados excepcionales cuando las Cámaras no estuvieran en período de sesiones, éstas quedan automáticamente convocadas. También se prevé que en el caso de que se agotara el mandato del Congreso durante la vigencia de un estado de alarma, excepción o sitio, la Diputación Permanente debe asumir sus competencias. Se trata, en definitiva, y como el propio art. 116.5 de la CE establece en uno de sus incisos, de garantizar que el funcionamiento de las Cámaras, «así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados».

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

3º La finalidad del Derecho de excepción ha de consistir exclusivamente en la superación de la crisis que lo justifica de cara a la vuelta a la situación de normalidad. Ello explica que en muchas ocasiones el derecho de excepción se califique como auténtica «garantía de la Constitución». Para evitar su uso indebido, la propia regulación de excepción prevé de manera tasada cuáles son los motivos que pueden justificar su aplicación.

4º Los poderes excepcionales no pueden ser ilimitados. El Estado de Derecho, incluso en las situaciones de crisis en que permite un aumento extraordinario de las facultades del poder público, sigue manteniendo una de sus características fundamentales: la limitación de éste a través del Derecho, impidiendo que dicho poder se convierta en absoluto. En consecuencia, las potestades extraordinarias que se otorgan están tasadas por el propio ordenamiento jurídico, que fija cuáles son los derechos que pueden suspenderse y las facultades con que cuentan los poderes del Estado.

5º El uso de los poderes excepcionales ha de ser proporcional, es decir, debe adecuarse a la naturaleza e intensidad de la crisis que ha de enfrentar. Ello explica, por una parte, que la Constitución distinga tres supuestos de situaciones de excepción: estado de alarma, de excepción y de sitio. La proporcionalidad de los poderes excepcionales se proyecta también territorialmente, de manera que si la situación de crisis afecta exclusivamente a una parte del territorio nacional, sólo ésta debe verse afectada por la aplicación de dichos poderes.

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

Como complemento de lo expuesto hay que recordar que el CEDH, en su art. 15, y en la línea de lo dispuesto por el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece la posibilidad de que ante situaciones de crisis se «deroguen las obligaciones» en dicho Convenio establecidas. Ahora bien, esta posibilidad impone ciertos límites y cargas. Por una parte, el propio precepto establece que dichas derogaciones sólo pueden adoptarse «en la medida estricta en que lo exija la situación», y así lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, casos *Lawless* e *Irlanda c. Reino Unido*). Por otra, se establece que una serie de derechos y garantías no pueden ser suspendidos: el derecho a la vida, salvo la posibilidad de aplicar la pena de muerte por ilícitos de guerra, la garantía de que nadie puede ser sometido a tortura o trato degradante, la esclavitud y servidumbre personal, y el principio de legalidad penal. Por último, en el caso de que se declare alguna de las situaciones previstas en el art. 55 de la CE existe la obligación de ponerlo en conocimiento del Secretariado General del Consejo de Europa (art. 15.3 del CEDH).

La regulación sobre la materia se concreta en tres escalones normativos distintos: por una parte, la Constitución en sus arts. 55.1 y 116 establece el marco general en el que ha de desenvolverse el Derecho de excepción. Posteriormente, la LO 4/81 completa ese marco general. Por último, en

cada caso es la norma que al efecto se dicte la que debe concretar cuál es el régimen jurídico aplicable, debiendo respetarse siempre ese marco global previamente fijado constitucional y legalmente como límite máximo.

#### a) El estado de alarma

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

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

El efecto fundamental que el estado de alarma tiene es la concentración de todo el personal de las Administraciones Públicas bajo la dirección de una sola autoridad: el Gobierno o el Presidente de la Comunidad Autónoma por delegación de aquél. Desde el punto de vista del ejercicio de los derechos fundamentales, las limitaciones que pueden establecerse son las siguientes: limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos a determinadas horas y lugares, o condicionarla al cumplimiento de requisitos; requisar temporalmente ciertos bienes; imponer prestaciones personales; intervenir y ocupar transitoriamente cualquier local, excepción hecha de los domicilios privados: fábricas, talleres, empresas, etc...; limitar o racionar el uso de servicios y el consumo de artículos de primera

necesidad; dar órdenes para garantizar que no exista desabastecimiento de productos y, por último, intervenir empresas o servicios, así como movilizar a su personal, de cara a garantizar los servicios públicos esenciales y el abastecimiento de productos.

#### b) El estado de excepción

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

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

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

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

- Las garantías de la libertad y seguridad personal reguladas en el art. 17 de la CE.
- Inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3

CE.

- Libertades de residencia y circulación interior y exterior -19 CE).
- Libertades de expresión y de información, así como la prohibición del secuestro de medios de información -art. 20.1 d y e, y 5 CE
- Derechos de reunión y manifestación -art. 21 CE.
- Derechos de huelga y conflicto colectivo -28.2 y 37.2 CE.

#### c) El estado de sitio

La finalidad del estado de sitio es reaccionar frente a crisis que implican un atentado directo contra la identidad misma del Estado y de su ordenamiento. El art. 32.1 de la LO 4/81 establece la posibilidad de decretar el estado de sitio «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios».

Uno de los problemas que surge al tratar el estado de sitio es el de su conexión con lo que se conoce como situación de «guerra». Este tipo de conflicto armado no tiene una traducción específica en el Derecho de excepción, pero, sin duda, dada su naturaleza, el estado de sitio es la situación que se adecua a semejante tipo de crisis. En consecuencia, la guerra es un concepto sociopolítico y de Derecho Internacional Público que, desde el punto de vista interno, se traduce en la declaración del estado de sitio. Ello, sin embargo, no significa que éste sólo pueda decretarse ante una situación bélica; por el contrario, como se deduce de la simple lectura del art. 32 LO 4/81 previamente transcrito, el estado de sitio puede responder a otras crisis no exactamente bélicas o prebélicas.

El estado de sitio lo declara el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta de sus miembros a propuesta del Gobierno (art. 116.4 CE). En la declaración ha de fijarse el alcance temporal, territorial y material de la

declaración. Puede durar tanto como exija la situación de crisis, debiendo en todo caso respetarse los plazos fijados en la propia declaración, de manera que si expiran ha de renovarse ésta. Si las circunstancias que motivaron la declaración desaparecen antes de transcurrido el plazo de vigencia inicial o renovado, la Cámara puede levantar la declaración del estado de sitio.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, no son derechos subjetivos directamente alegables ante los tribunales, no tienen el amparo judicial especial, no están reservados a Ley



orgánica, ni existe un “contenido esencial” que el legislador deba cumplir. Al contrario, sólo pueden ser alegados en la medida del desarrollo legislativo que se realice, y dicho desarrollo puede ser tanto estatal como autonómico, en función del reparto constitucional de competencias de los arts. 148 y 149 CE.

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

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

- a) Principios que se enuncian como derechos: protección de la salud, acceso a la cultura, a disfruta de un medio ambiente adecuado, a disfrutar de una vivienda digna u adecuada, derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y su retorno; y también deberes, como la asistencia de los padres para con los hijos, de conservación del medio ambiente, protección del patrimonio histórico-cultural (arts. 39 y 42 al 47). Derecho a la suficiencia económica mediante un sistema de pensiones a favor de las personas de la tercera edad (art. 50). Derecho a la deensa de los consumidores (art. 51). Derechos, los anteriores, que también determinan la acción política de los poderes públicos.
- b) Principios que se configuran como directrices para la acción de los poderes públicos:
  - Art. 40: “1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una

distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

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

c) Principios configurados como prestaciones de los poderes públicos:

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

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-Tesorero y Secretario-interventor de la Administración local

#### Bibliografía

GarcíaMorillo (en colaboración) Derecho Constitucional, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

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

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

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

## **TEMA 5**

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

#### **ÍNDICE**

1. La Corona. La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado.
2. La sucesión en la Corona.
3. La Regencia y la tutela del Rey menor.
4. Las funciones del Rey.
5. El refrendo.

#### **1. La Corona. La Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado.**

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

Se ha destacado muchas veces el carácter innovador de esta última definición, tanto desde la perspectiva del Derecho comparado, como en la historia constitucional de España, pero hay que recordar también que ésta ofrece interesantes referencias para interpretar el alcance jurídico de la citada definición del art. 1.3 de la CE.

Hay que tener en cuenta, en efecto, que las Constituciones españolas del siglo XIX más sinceramente liberales, las que fueron fruto de un poder constituyente popular y proclamaron la soberanía nacional, incluyeron también una definición de la Monarquía, como forma de gobierno. «El Gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada hereditaria», decía el art.14 de la Constitución de 1812; «la forma de Gobierno de la Nación española es la Monarquía», afirmaba la Constitución de 1869.

Por contra, es significativa la falta de definiciones similares en las

Constituciones monárquicas de 1845 y 1876, inspiradas en el liberalismo moderado o «doctrinario». La teoría del Estado propia de esta tendencia ideológica (Donoso Cortés, Balmes, Canovas del Castillo) consideraba que la Monarquía formaba parte de la «constitución interna» de España, reconociéndole la cotitularidad, junto con las Cortes, de la soberanía y del poder de aprobar y reformar la Constitución escrita. De ahí que los textos constitucionales antes mencionados no definieran a la Monarquía como forma de gobierno, porque según esta concepción, su carácter era más esencial; se trataba de un elemento básico de la forma de Estado.

Desde esa perspectiva histórica, parece evidente que el art. 1.3 de la CE sólo puede entenderse conforme a la tradición liberal genuina del constitucionalismo español, y que la expresión Monarquía parlamentaria sólo puede hacer referencia a la articulación de los poderes constituidos, esto es a la forma de gobierno, y no a la forma de Estado. Esta última viene en cambio determinada por la soberanía popular, recuperada después del franquismo en 1977 (art.1 de la L. 1/77, de 4 de enero, para la Reforma Política) y confirmada inequívocamente en el art. 1.2 de la CE. De hecho, el mérito histórico indiscutible del Rey Juan Carlos I fue facilitar la devolución de la soberanía al pueblo y amparar la manifestación de su poder constituyente, como fundamento único del nuevo orden estatal (que el Rey promulgara la Constitución y no la sancionara resulta expresivo de esa exclusividad del poder constituyente popular).

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

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

Hace tiempo, en efecto, que se ha advertido que las formas de gobierno no son completamente reducibles a parámetros jurídicos y que vienen condicionadas por factores políticos decisivos (por ejemplo, por el sistema de partidos), de tal manera que en el marco normativo de una misma Constitución puede variar considerablemente la forma de gobierno. Así lo atestigua, por ejemplo, la historia de la forma de gobierno de los Estados Unidos, que presenta fases de predominio del Congreso, otras, como la actual, de predominio presidencial, e incluso otras donde se ha hablado de un gobierno de los jueces. En el caso de una monarquía parlamentaria típica, como la británica, también resulta demostrado que la utilización de los poderes constitucionales de la Corona depende de factores políticos. Concretamente, la intervención del Monarca en la formación de los Gobiernos se ha reducido drásticamente, desde el siglo XIX, por la presencia de un bipartidismo rígidamente organizado, y volvería a ampliarse seguramente, como lo advierte la doctrina británica, en caso de alterarse esa configuración singular de su sistema de partidos.

Por consiguiente, la opción del constituyente en favor de la Monarquía parlamentaria no justifica una interpretación conceptualista de la Constitución, sustentada en una idea previa y absoluta de lo que aquella significa, porque su carácter de forma política exige una interpretación contextualizada, que tenga en cuenta los factores políticos coyunturales que condicionan su funcionamiento. En definitiva, una interpretación ajustada a la realidad social, como dice el art. 3.1 del Código civil.

Además, hay que tener en cuenta que la expresión «Monarquía parlamentaria», del art. 1.3 de la CE, sólo puede considerarse como una caracterización esencial de la forma de gobierno, y no como una descripción completa de la misma. En efecto, desde el punto de vista

doctrinal, la Monarquía parlamentaria sólo implica la separación del Rey de la función gubernamental y la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento. Pero otras pautas estructurales o procedimentales de esta forma de gobierno, como son la naturaleza unicameral o bicameral del Parlamento, o las reglas para la disolución de las Cámaras, o para la formación o la censura del Gobierno, no vienen predeterminadas por esa definición, existiendo, de hecho, a ese respecto, una variedad de soluciones en el panorama comparado de las Monarquías parlamentarias europeas.

Por consiguiente, el entendimiento jurídico, preciso y verdadero, de la Monarquía parlamentaria proclamada en el art. 1.3 de la CE, exige una interpretación que sea también sistemática, es decir, que tenga en cuenta las restantes referencias constitucionales sobre la forma de gobierno. Esta exigencia es indispensable, porque la Constitución de 1978, en virtud de su característica vocación normativa, ha pretendido concretar mediante preceptos jurídicos, la fisonomía de la Monarquía parlamentaria española. Y este planteamiento la diferencia de otros casos comparables, como los de Bélgica y Holanda, donde la Monarquía parlamentaria está configurada en la práctica, por convenciones y costumbres, pero no por las Constituciones respectivas (que reflejan otra forma de gobierno, históricamente anterior, que se conoce como Monarquía constitucional pura, en la que el Rey aparece como titular del poder ejecutivo y en la que la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento no está prevista).

Sin embargo, la «racionalización» constitucional de la Monarquía parlamentaria no permite olvidar que ésta es una «forma política», y que al interpretar las normas constitucionales es preciso incorporar los datos políticos que acotan su ámbito de aplicación.

## **2. La sucesión en la Corona**



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

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

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

- La preferencia de las líneas anteriores sobre las posteriores. Debe interpretarse según el Código Civil, que especifica que las personas de diferentes generaciones forman una línea directa, si descienden unas de otras, y colateral si no descienden unas de otras, pero proceden de un tronco común (art. 916). En este caso, serán directas las líneas que desciendan del Rey Juan Carlos I, y colaterales las que desciendan de sus parientes colaterales, que formen parte de la dinastía (esto es, que no hayan renunciado o perdido sus derechos sucesorios). La posibilidad de la sucesión colateral debe admitirse porque la Constitución no establece que la Corona sea hereditaria en los descendientes del Rey Juan Carlos I, sino en sus «sucesores». Por consiguiente, la preferencia de las líneas anteriores sobre las posteriores implica, en primer término, la prioridad de las líneas directas sobre las colaterales y, dentro de cada uno de estos dos conjuntos, la de aquella línea que proceda del descendiente o, en su caso,

del pariente del Rey, más próximo en el orden de suceder.

- La preferencia, dentro de la misma línea, del grado más próximo sobre el más remoto, significa la prioridad de las generaciones (o grados, en la terminología del art. 915 del Código civil) anteriores sobre las más jóvenes.
- La preferencia en el mismo grado del varón sobre la mujer, es una excepción al principio de igualdad jurídica de los sexos, del art. 14 de la CE, sin más justificación que la que se deriva de la tradición. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que esta regla no impide reinar a mujeres, como lo había hecho la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, del 26 de julio de 1946.
- La preferencia, en el mismo sexo, de la persona de más edad sobre la de menos, es una concreción del principio de primogenitura.

Sin embargo, no todos los familiares del Rey que puedan estar incluidos, de manera más o menos próxima, en el orden de sucesión, en virtud de las reglas anteriores, forman parte de la Familia Real, en sentido estricto, tal y como resulta definida por el RD 2917/81, de 27 de noviembre. Esta norma, que regula el Registro Civil de la Familia Real, dispone que en él deben inscribirse los nacimientos, matrimonios, defunciones y cualquier otro hecho inscribible relativo «al Rey de España, su Augusta Consorte, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes y el Príncipe heredero de la Corona» (art. 1). Las personas inscritas en este Registro Civil especial incurrir en causa de inelegibilidad, conforme a lo establecido en la LOREG (art. 6.1.a).

b) La sucesión en la Corona se produce automáticamente, en virtud de las reglas antes mencionadas. No obstante, el art. 61 de la CE se refiere a la proclamación del Rey ante las Cortes Generales y a su juramento de «desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas». Desde el punto de vista jurídico, el valor de

estos actos de proclamación y juramento no es desde luego constitutivo, porque el Rey lo es, antes de jurar. Pero puede considerarse que son actos de integración, para la efectividad de la Magistratura. También, cabe interpretar que el juramento, que expresa la adhesión del Rey al orden de valores de la Constitución, es condición de la proclamación, que por lo demás debe entenderse como un acto debido.

La proclamación del Rey no es la única intervención de las Cortes en la sucesión de la Corona. La Constitución prevé así mismo que las Cortes deben resolver mediante una ley orgánica «las abdicaciones, las renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona» (art. 57.5 CE). A este respecto se confrontan dos líneas interpretativas de lege ferenda. Por un lado, la que entiende que hay aquí una reserva en favor de las Cortes para solucionar mediante leyes orgánicas singulares cuantas situaciones críticas se planteen en la sucesión a la Corona. Leyes orgánicas que, en la medida que resuelvan las «dudas de derecho», implicarían excluir a la jurisdicción ordinaria (e incluso de la jurisdicción constitucional) de la aplicación de las reglas sobre la sucesión. Frente a esta tesis, se defiende por otros autores la necesidad de una ley orgánica de carácter general, que desarrolle la regulación del Título II sobre el orden sucesorio, y que garantice en consecuencia una mayor seguridad jurídica en su aplicación.

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

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

### **3. La Regencia y la tutela del Rey menor**

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

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

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

Cualquiera que sea la causa y la forma de la Regencia, ésta se ejerce con los mismos poderes que al Rey encomienda la Constitución. Sin embargo, la Regencia sólo suple interinamente al titular de la Corona y no le sustituye; por consiguiente, el art. 59.5 de la CE exige que la Regencia se ejerza en nombre del Rey, y el RD 1368/87 dispone que quienes ejerzan la Regencia tendrán el tratamiento de Alteza, y no el de Majestad. Por la misma razón, la Regencia debe concluir siempre al cesar la incapacidad del Rey para reinar.

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

#### **4. Las funciones del Rey**

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

a) Que la Constitución se refiera al Rey como Jefe del Estado significa, ante todo, que es un órgano estatal. Concretamente se trata de un órgano

configurado por la propia Constitución, que está dotado de las facultades que ella misma y las leyes expresamente le atribuyen, según lo afirma el art. 56.1. Por consiguiente, es uno de los órganos constitucionales del Estado.

Este carácter de órgano constitucional comporta que ha de tener una función materialmente autónoma y que en su ejercicio el Rey no puede estar subordinado a ningún otro órgano constitucional, porque todos ellos derivan su existencia y poderes directamente de la Constitución y por tanto están situados recíprocamente en una posición de paridad jurídica. De ahí que, aunque la función del Rey sólo consista, en determinados casos, en perfeccionar la expresión de la voluntad de otro órgano constitucional (el Gobierno o las Cortes), la acción del Monarca resulte sin embargo indispensable e insustituible.

Por otro lado, aunque sea jurídicamente igual a los demás órganos constitucionales, al Rey, como Jefe del Estado, le corresponde una posición de mayor dignidad formal, honorífica y protocolaria (el hecho de que la Constitución se ocupe de la Corona, antes que de los restantes poderes del Estado, ya es significativo de esa preeminencia formal).

b) Además de Jefe del Estado, el art. 56.1 de la CE afirma que el Rey es «símbolo de su unidad y permanencia», lo que en parte deriva de, y en parte excede a, su condición de titular de la Jefatura del Estado. Ciertamente es inherente a la función de todo Jefe del Estado el simbolizar la unidad del mismo (véase, por ejemplo, art.87 de la Constitución italiana) y su continuidad (por ejemplo, art.5 de la Constitución francesa); en definitiva, personificar el Estado. Por eso suele corresponder a los Jefes de Estado, y corresponde desde luego al Rey de España, formalizar los actos más importantes del Estado, ya sean de carácter legislativo (art. 62.a CE) o gubernamental (art. 62.f CE) así como hacer las convocatorias y designaciones precisas para la renovación de los titulares de los órganos

legislativos y gubernamentales (art.62.b, d y e CE).

Sin embargo, la naturaleza simbólica de la magistratura del Rey trasciende de la que es inherente a la Jefatura del Estado, porque el Rey lo es por personificar una institución, la Corona, estrechamente vinculada a la historia secular de España y que por ello simboliza mejor que ninguna otra su continuidad. En esa medida, la continuidad dinástica de la Monarquía, reconocida expresamente en el art. 57.1 de la CE, refuerza simbólicamente la continuidad del Estado.

Por lo que se refiere a su condición de símbolo de la unidad estatal, hay que tener en cuenta además que la Monarquía ha sido soporte de una unidad estatal integradora de una diversidad de reinos y territorios, que perduró hasta el siglo XVIII (y en cuanto al País Vasco, hasta la abolición de sus fueros en el siglo XIX) y que ha sido actualizada ahora, constitucionalmente, en el Estado de las Autonomías. Una unidad en la diversidad, que vuelve a tener en la Corona su símbolo supremo, como se refleja en el juramento que, tanto el rey como el Príncipe heredero deben prestar, de «respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas» (art. 61 CE). En definitiva, la Corona, por su dimensión histórica puede ser un símbolo particularmente eficaz y capaz de movilizar sentimientos de autoidentificación y de lealtad hacia la comunidad nacional y hacia las entidades regionales que la componen y de convertirse, por tanto en un poderoso factor de integración.

c) Del Rey dice también el art. 56.1 de la CE que «arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones», lo que comporta, en primer término, una exigencia de neutralidad política, sin la cual la moderación y el arbitraje de la Corona se desnaturalizarían.

No hay que confundir, sin embargo, este poder neutral con el tipo de

«poder moderador», llamado a coordinar y armonizar los demás poderes del Estado, que preconizó el siglo pasado el liberalismo doctrinario, siguiendo a Benjamín Constant. La CE excluye, en efecto, expresamente, las principales prerrogativas regias que Constant consideraba indispensables para el ejercicio del «poder moderador»: ni el Rey puede nombrar y destituir libremente a los ministros, porque debe hacerlo a propuesta de un Presidente del Gobierno, previamente investido de la confianza del Congreso (arts. 99 y 100 CE); ni puede negar la sanción a las leyes con un poder de veto absoluto, sino que la sanción es un acto debido (art.91 CE); ni puede decidir la guerra y la paz, ni puede hacer los tratados, porque lo primero exige desde luego autorización parlamentaria y lo segundo, en los casos más importantes, también, sin perjuicio además de las competencias propias del Gobierno en estas materias (arts. 63, 94 y 97 CE). En definitiva, la Constitución de 1978, como no podía ser menos, diseña un tipo de Monarquía muy diferente de la que consagraban la Carta Constitucional francesa de 1830 o la Carta Constitucional portuguesa de 1826, inspiradas en las ideas de Constant.

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

El derecho del Rey «a ser informado de los asuntos de Estado» está reconocido expresamente en el art.62.g de la CE, y el modo de hacerlo efectivo consiste, en primer término, en su facultad, utilizada con significativa periodicidad, de «presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno». Pero ese derecho del Rey a ser informado por el Gobierno se concreta también en otros procedimientos, como el despacho que regularmente mantiene con el Presidente de Gobierno y también con los



Ministros (en particular, con los de Exteriores y Defensa). También debe mencionarse en este contexto la previsión del art.13 del RD 434/1988, de 6 de mayo, que dispone que los Departamentos de la Administración del Estado proporcionarán a la Casa de S.M. el Rey «los informes, dictámenes y asesoramientos de cualquier naturaleza que la Casa solicite».

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

La función arbitral del Rey está reconocida en el art. 56.1 de la CE en términos muy similares a los del art. 5 de la Constitución francesa de 1958, pero debe ser interpretada de manera radicalmente distinta. No hay que olvidar, en efecto, que el Presidente francés es el líder de una mayoría política y que, además, ejerce su arbitraje mediante una serie de poderes, exentos de refrendo ministerial (los «poderes propios», según los denomina la doctrina francesa), que incluyen la disolución de la Asamblea Nacional, la convocatoria del referéndum, el nombramiento del Primer Ministro, la dirección de mensajes a las cámaras y la adopción de medidas excepcionales, en los supuestos de crisis a que hace referencia el art. 16 de la Constitución de la Quinta República.

Por el contrario, el arbitraje en la Constitución se caracteriza por la neutralidad política del árbitro y por la menor extensión de sus poderes arbitrales. En definitiva, se trata de un arbitraje al servicio, no de una política del Jefe del Estado, que por definición está excluida en este contexto, sino del buen funcionamiento de una forma de gobierno parlamentaria, que únicamente precisa la intervención arbitral de un poder neutral, cuando no sea capaz de autorregularse, es decir, cuando falta una mayoría política o en los supuestos en que el funcionamiento de las

instituciones está alterado o amenazado por causas extraordinarias.

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

Por lo que se refiere al poder de disolución de las Cortes Generales, hay que distinguir el supuesto de disolución funcional, a que hace referencia el art. 99.5 de la CE, y el de disolución gubernamental previsto en el art. 115.1 de la CE. El primero se encuadra en la función arbitral o al menos es consecuencia de ella, por su estrecha vinculación con el poder de proponer candidato a Presidente del Gobierno. En efecto, si el Congreso no acepta ninguno de los candidatos propuestos, el Rey debe decretar la disolución, una vez pasados dos meses desde la primera votación de investidura.

En cambio, literalmente, no parece que el art. 115 de la CE sea instrumental para el arbitraje del Jefe del Estado, porque la disolución tiene que ser propuesta por el Presidente del Gobierno, y porque la redacción de este artículo da la impresión de pretender limitar (o suprimir) la discrecionalidad del Rey y considerarle vinculado por dicha propuesta al decir, mediante un tiempo futuro que puede indicar imperatividad, «que (la disolución) será decretada por el Rey». Pese a ello, un sector doctrinal considera que la función arbitral del Rey fundamenta su derecho a rechazar la disolución.

Esta pugna de interpretaciones no puede solventarse mediante la sola invocación del criterio literal, y se impone la necesidad de considerar el problema, a la vista de otros preceptos de la Constitución, y en su contexto político.

Valga como premisa, que la disolución del art. 115 de la CE está concebida prioritariamente al servicio de los intereses del Gobierno y que por consiguiente, normalmente, estos deben prevalecer sobre cualquier otra consideración. Así lo enseña además el modelo británico, que ha inspirado este precepto, porque aunque la disolución sea jurídicamente en el Reino Unido una prerrogativa regia y no un acto debido, en la práctica, ninguna disolución pedida por un Primer Ministro, de un Gobierno mayoritario o minoritario, ha sido denegada desde la gran reforma electoral de 1832, que inició la democratización del régimen británico. Por otra parte, la experiencia española, desde 1978, se ha ajustado también a este criterio.

Sin embargo, el art. 115.2 de la CE dispone que «la propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura». Limitación que está dirigida a garantizar el derecho de la oposición a cambiar el Gobierno, mediante una votación parlamentaria. A la vista de esa finalidad, parece insuficiente una interpretación literal de este precepto, que sólo entienda vedada la disolución desde el momento en que haya sido presentada la moción de censura en el Registro del Congreso de los Diputados. Parece en efecto dudoso que fuera legítima, desde el punto de vista constitucional, una disolución preventiva o de combate, decretada el día anterior, o bien pocas horas antes, de que se presente una moción de censura, previamente anunciada. Y es que la expresión «cuando esté en trámite una moción de censura», puede interpretarse en sentido amplio, de forma que cubra también ese período inmediatamente antecedente a la presentación de la moción. En todo caso, parece razonable admitir que la propuesta del Presidente, en un supuesto límite como el contemplado, no podría tener el mismo carácter vinculante, ni suprimir todo margen de decisión del Jefe del Estado para arbitrar entre los intereses del Gobierno y

los de de la oposición, ponderando las circunstancias del caso.

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

d) El art.56.1 de la CE atribuye también al Rey «la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica». Se trata de dos competencias que tienen distinta naturaleza: jurídica la primera; política y simbólica la segunda. En efecto, que el Rey sea el principal representante internacional del Estado, corresponde con un criterio general del Derecho Internacional, que se concreta en la Constitución mediante los siguientes poderes del Monarca; el de legación activa y pasiva (art. 63.1 CE), el de manifestar el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados (art. 63.2 CE) y el de declarar la guerra y hacer la paz (art. 63.3 CE). Poderes, que no están al servicio de una política exterior del Rey, sino de la política exterior del Estado, que el Gobierno debe dirigir, conforme al art. 97 de la CE, y el Parlamento autorizar, en el caso de los principales tratados y de la declaración de guerra (art. 63 y 94 CE).

Por otro lado, la especial referencia a la función internacional del Rey con las naciones de la comunidad histórica de España, no significa que la

Constitución proporcione al Rey un apoderamiento jurídico adicional, o un «dominio reservado» en ese campo. Lo que implica es el reconocimiento de la función simbólica de la Corona, como vínculo histórico con los pueblos que formaron parte de la Monarquía española y con los cuales la Constitución manifiesta una especial vocación de cooperar (por ejemplo, art. 11.3 CE). Actualmente esa cooperación tiene su mayor expresión institucional en las «cumbres» periódicas de Jefes de Estado de la Comunidad Iberoamericana.

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

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

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

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

También es evidente que dicha utilización representa una hipótesis que, en principio, debe encauzarse a través de los procedimientos del art.116 de la CE. Pero si la crisis fuera de tal naturaleza que impidiera el funcionamiento de los órganos constitucionales que pueden poner en marcha esos procedimientos, entonces corresponderá al Rey dictar las órdenes necesarias a las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de su misión. Esas órdenes, además, pueden prescindir del refrendo, si el Gobierno estuviera incomunicado o secuestrado, como ocurrió el 23 de febrero de 1981, lo que se justifica no sólo porque la necesidad sea fuente del Derecho, sino también por la especial naturaleza del mando supremo sobre las Fuerzas Armadas que corresponde al Rey.

Se trata de una mando que merece los calificativos de eminente (lo que no significa que sea meramente honorífico, sino que sobresale o descuella

sobre los demás) e indirecto, porque se ejerce a través de los otros órganos de mando de las Fuerzas Armadas.

Estos órganos son, en primer lugar, el Gobierno, a quien corresponde el mando político sobre estas Fuerzas, es decir, el poder de disponer el uso de las mismas, como lo exige la lógica del régimen parlamentario y lo establece claramente el art. 97 de la CE, al encomendarle la dirección de la defensa del Estado. En segundo lugar, se trata del mando técnico militar, que se ejerce por profesionales, jerárquicamente organizados en una cadena de mandos subordinada al Gobierno.

La Jefatura del Rey es de distinta naturaleza y no se confunde con ninguno de estos dos mandos, aunque se ejerza a través de ellos. Se trata de una jefatura institucional, que tiene, por un lado carácter civil, porque corresponde al Rey como Jefe del Estado, y su ejercicio está regulado por las normas constitucionales, que exigen a estos efectos el refrendo ministerial. Pero al mismo tiempo se trata de una Jefatura que el Rey —por lo menos el actual Monarca— ejerce con rango o empleo militar: es el máximo oficial de las Fuerzas Armadas, y aunque esta faceta del mando supremo sea sólo accesoria de la primera, viene a representar una garantía de aquella, porque si el Rey no puede mandar con el concurso del Gobierno, por estar aquél impedido, puede hacerlo directamente como primer militar, cuyas órdenes para el establecimiento de la disciplina son inmediatamente obligatorias para todos los componentes de las Fuerzas Armadas, conforme al entendimiento que de la disciplina militar proporcionan las Reales Ordenanzas. Esa fue la naturaleza jurídica de las ordenes del Rey en la noche del 23 de febrero de 1981 y de ahí su indiscutible validez.

## **5. El refrendo**

a) La necesidad de que los actos del Rey sean siempre refrendados, es

decir autorizados o confirmados por otro órgano constitucional, normalmente el Presidente del Gobierno o los Ministros, es una regla tradicional del constitucionalismo, que trae causa de la exención de responsabilidad del Jefe del Estado en las Monarquías. Dicha exención significaría en realidad un privilegio incongruente con la naturaleza del constitucionalismo, que exige una forma de gobierno limitada y responsable, si no estuviera compensada por la regla que imputa la responsabilidad de lo actuado a los sujetos que cooperan con el Rey. «De los actos del Rey serán responsables las personas que lo refrenden», afirma, en efecto, el art. 64.2 de la CE.

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

b) Objeto del refrendo son los actos que el Rey realiza como titular de la Jefatura del Estado, exceptuándose por consiguiente los correspondientes a su vida privada, como son, por ejemplo, los actos relativos a la administración de su propio patrimonio. Fuera de ese ámbito privado, el refrendo es siempre exigible, sin más salvedad que los actos que el Rey realice para la distribución de la cantidad global que anualmente recibe de los Presupuestos del Estado para el sostenimiento de su Familia y Casa (art. 65.1 CE) y para el nombramiento de los miembros civiles y militares de su Casa (art. 56.3 y 65.2 CE).



Existe una opinión doctrinal favorable a considerar que están también exentos de refrendo los actos personalísimos del Rey, aunque tengan relevancia constitucional, como es su consentimiento matrimonial, y se discute si esta exención alcanza también a la designación testamentaria del tutor del Rey menor de edad. No parece, en todo caso, que la prohibición por el Rey del matrimonio de una persona situada en la línea de sucesión en el trono, conforme a las previsiones del art.57.4 de la CE, pueda considerarse excluida de este requisito, porque ciertamente no pertenece a la categoría de los actos personalísimos.

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

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

Sin embargo, en 1982, se admitió también su competencia para refrendar

el cese del Presidente del Gobierno, criterio que la práctica posterior no ha confirmado.

En todo caso hay que interpretar que la enumeración del art.64.1 de la CE es exhaustiva y, por consiguiente, ni cabe la delegación del refrendo en otros órganos, ni pueden otras normas de inferior rango añadir nuevos titulares de esta potestad. Así lo interpretó el Tribunal Constitucional en dos Sentencias (STC 5/87 y STC 8/87), sobre el nombramiento del Presidente del Gobierno Vasco, mediante las cuales declaró que era inconstitucional el precepto de una Ley autonómica que atribuía al Presidente del Parlamento Vasco la facultad de refrendar el nombramiento del Lehendakari, y confirmó que dicha competencia correspondía al Presidente del Gobierno.

e) La naturaleza jurídica del refrendo resulta claramente definida en el art. 56.3 de la CE. Se trata de una condición para la validez de los actos del Rey y su ausencia determina, por consiguiente, la nulidad de dichos actos. La doctrina, sin embargo, nunca se ha conformado con esta escueta configuración constitucional del refrendo, y ha centrado su interés en la eficacia política de esta institución. Así, por ejemplo, la mayoría de los autores señalan que el refrendo es una técnica que desplaza la decisión hacia el refrendante, vaciando de contenido decisorio a las competencias del Rey. Sin embargo, otro sector doctrinal minoritario interpreta el acto refrendado como acto complejo, integrado por dos voluntades concurrentes, igualmente necesarias, aunque no igualmente discrecionales. En consecuencia, se proponen clasificaciones de los actos del Rey en función de su estructura simétrica o asimétrica, es decir, de que predomine en ellos la voluntad del Rey o la del sujeto refrendante.

Pero este tipo de interpretaciones, que parecen responder, sobre todo, a concepciones apriorísticas, no tienen suficientemente en cuenta la especificidad de la forma de gobierno diseñada por la Constitución de 1978. No hay que olvidar, a propósito de esta cuestión, que el refrendo es una institución histórica, que tenía un doble significado. Por un lado,

representaba una limitación del poder del Rey, al prohibirle actuar sólo, y además, era una técnica de traslación de responsabilidad a los ministros (aunque en la Monarquía Constitucional se trataba de una responsabilidad solamente de carácter jurídico). Sin embargo, en la Constitución de 1978, el refrendo tiene otro sentido, no sólo porque la responsabilidad del refrendante sea también política, sino porque el refrendo ha perdido, en buena medida, su función limitadora de las potestades regias.

Este cambio se debe a que el refrendo ya no es un control operante dentro del ámbito del poder ejecutivo, sino que se ha convertido en un control entre el Gobierno y el titular de una Jefatura del Estado neutral y separada, tanto del poder ejecutivo, como del legislativo. Un control, cuya función primordial es compensar la inviolabilidad del Rey, y no tanto limitar sus poderes, que ya vienen circunscritos por la propia definición que de los mismos realiza la Constitución.

Por consiguiente, la interpretación del acto refrendado como acto complejo, o como acto sólo formalmente atribuido al Rey pero materialmente del Ministro refrendante, parece improcedente dentro del sistema de la Constitución, siempre que el acto del Rey venga definido en ella como la culminación de un procedimiento, en el curso del cual el contenido de dicho acto haya sido previamente aprobado, acordado o autorizado por otro órgano constitucional. En esas circunstancias el acto del Rey quedará configurado como el acto final exigido para que el procedimiento produzca sus efectos, y no será un acto voluntario, sino obligatorio.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la sanción, y promulgación de las leyes o de la expedición de los reglamentos, que son normas completas y acabadas antes de la intervención del Rey, que corresponde, como se ha dicho anteriormente, a su función simbólica, y que tiene la exclusiva finalidad de integrar la eficacia de esas normas. En consecuencia, la sanción y promulgación de las leyes o la expedición de los reglamentos

no son actos simples ni actos complejos, sino actos necesarios, porque no hay margen de discrecionalidad ni para el Rey ni para el sujeto refrendante. Aprobada la ley por las Cortes, o acordado el reglamento por el Consejo de Ministros, su sanción o expedición es tan obligatoria para el Rey, como obligatorio es el refrendo de tales actos para el Presidente del Gobierno o para el ministro competente.

Otro tanto puede decirse también de otros actos, como el nombramiento del Presidente de Gobierno, conforme al art. 99 de la CE, o la convocatoria del referéndum, según el art. 92 de la CE, o la prestación del consentimiento del Estado respecto de tratados previamente autorizados por las Cortes, de acuerdo con lo previsto en el art. 94 de la CE, que también vienen configurados como actos finales y necesarios de un procedimiento constitucional.

Aunque sea una cuestión de interés casi exclusivamente académico, cabe interrogarse por las consecuencias de una hipotética inacción del Rey o del órgano competente para el refrendo, en los casos examinados. Vaya por delante que dicha inacción estaría justificada, como anteriormente se dijo, en garantía de la Constitución, si el procedimiento previo hubiera sido frontalmente vulnerado. Pero, fuera de ese supuesto justificado, el problema planteado tendría difícil solución, porque en general no hay técnicas en el ordenamiento para corregir la pasividad de los órganos constitucionales. Baste pensar que no están admitidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 73) los conflictos negativos entre órganos constitucionales, esto es, los planteados para subsanar una omisión en el ejercicio de sus competencias. Por esa razón, y porque el Rey carece de legitimación activa o pasiva en los conflictos entre órganos constitucionales, hay que concluir que su inacción tendría que resolverse en el plano político: podría desembocar en la dimisión del Gobierno e incluso en la reforma de la Constitución.

Volviendo a las funciones del refrendo y a la naturaleza de los actos del Rey, hay que reconocer que no todos vienen configurados en la Constitución como actos finales de un procedimiento, y que muchos pueden analizarse desde la perspectiva de la voluntariedad, o mejor dicho del concurso de voluntades que se integran en el acto refrendado. En estos supuestos la función limitadora del refrendo sigue vigente.

Se trata de actos en cuya elaboración participan exclusivamente el Rey y el sujeto refrendante, y que se pueden agrupar en dos categorías básicas, aunque no exhaustivas. Por un lado, se trata de actos que el Jefe del Estado sólo puede realizar con la propuesta formal del Presidente de Gobierno, como son: el nombramiento de los ministros, o la disolución de la Cortes Generales o de alguna de sus Cámaras, según el art. 115 de la CE, o la presidencia por el Rey de las sesiones del Consejo de Ministros. Por otro lado, hay que referirse a un conjunto heterogéneo de actos: algunos consisten en una iniciativa formal del Jefe del Estado, como la propuesta del candidato a Presidente del Gobierno o determinados actos relativos a la sucesión en la Corona (por ejemplo, la abdicación), otros también proceden típicamente de la iniciativa del Rey, como son sus mensajes o la concesión de honores (en particular, los de naturaleza nobiliaria) y, finalmente, otros actos que sólo excepcionalmente procederán de su iniciativa, como los correspondientes al ejercicio del alto mando de las Fuerzas Armadas.

En estos casos el acto refrendado tiene la estructura de un acto complejo, que exige la concurrencia de dos voluntades, de manera que, en principio, las iniciativas del Presidente del Gobierno podrían resultar limitadas por el poder del Rey (de no obrar) y las iniciativas del Jefe del Estado, por el poder del refrendante (de no refrendar). El control constitucional articulado mediante ese doble poder de impedir sólo puede producir resultados positivos mediante la cooperación de ambos órganos constitucionales, que es políticamente necesaria para el funcionamiento regular de la Monarquía parlamentaria. Por consiguiente, hay que considerar implícitas unas normas

de corrección que exigen, por ejemplo, que el Monarca normalmente siga y dé curso a las propuestas del Presidente de Gobierno; pero también es cierto, que en circunstancias políticas especiales puede estar justificado lo contrario, esto es, que se oponga a ellas, ejerciendo su función moderadora y arbitral. Por ejemplo: que no acepte la presidencia de una sesión del Consejo de Ministros o que rechace una propuesta de disolución, en el supuesto excepcional de disolución preventiva o de combate que se analizó más arriba.

Así mismo, es cierto que las iniciativas del Rey, en los supuestos antes mencionados, en principio deben prosperar y en algunos casos parece prácticamente imposible que no prosperen (por ejemplo, la abdicación), pero el órgano competente para refrendar esas iniciativas no está obligado, en sentido jurídico, a hacerlo y por consiguiente puede haber valoraciones políticas que justifiquen su negativa a prestar, el refrendo (conclusión ineludible, pero que paradójicamente a veces rehuyen quienes consideran que el acto refrendado es siempre un acto complejo).

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-Tesorero y Secretario-interventor de la Administración local

#### Bibliografía

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

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

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

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

## **TEMA 6**

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

#### **LAS CORTES GENERALES. EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y EL SENADO.**

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

“[...] la CE en su artículo 66 determina taxativamente que las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Esta declaración constitucional, pilar sobre el que se cimienta el régimen democrático y parlamentario hoy vigente en España, conlleva: a) el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario; b) la primacía de la ley, norma sancionada y promulgada por el Rey (artículo 62), en cuanto expresión de la voluntad soberana del pueblo representado por las Cortes, únicamente sometida a la supremacía de la Constitución, y c



) que en el proceso ordinario de elaboración de las leyes, la Constitución reconoce al Gobierno la iniciativa legislativa, que comparte con el Congreso y el Senado en su ejercicio directo, así como con la iniciativa popular ejercida en los términos establecidos en el artículo 87 de la CE.

El Gobierno podrá también dictar norma, con rango de ley, previa delegación de las Cortes Generales (decretos legislativos) o en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad decretos-leyes, pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman.” STC 29/1982, de 31 de mayo.

Como señala el propio Tribunal Constitucional, las Cortes Generales “[...] en su doble condición de representantes del pueblo español (art. 66.1 de la CE), en quien reside la soberanía (art. 1.2 de la CE) y de titulares de la potestad legislativa (art. 66.2 de la CE) hacen realidad el principio de toda democracia representativa, a saber, que los sujetos a las normas sean, por vía de la representación parlamentaria, los autores de las normas, o dicho de otro modo, que los ciudadanos sean actores y autores del ordenamiento jurídico” (STC 241/1990 de 15 de febrero).

Por otra parte, la adición del adjetivo “Generales” viene a evitar lo que ya era previsible en el momento constitucional. Admitida la existencia de asambleas legislativas en el ámbito autonómico, era fácil pronosticar que más de una comunidad rescataría el nombre tradicional de “Cortes” para su Parlamento (por ejemplo, Aragón, Valencia, Castilla-La Mancha, etc.). Al ser las Cortes de España Generales, se evita cualquier tipo de confusión con otros órganos legislativos.

1. Mayor relevancia tiene la opción constitucional por un Parlamento bicameral. En efecto, el órgano complejo Cortes Generales está formado por dos Cámaras: el Congreso de los Diputados y el

Senado. La opción constitucional por un Parlamento bicameral puede explicarse por varias razones. La primera de ellas es de carácter histórico. Si se considera la secuencia temporal de vigencia de las diferentes constituciones, en España podemos observar con facilidad que fueron más frecuentes y más duraderas aquellas constituciones que optaron por un sistema bicameral, por más que el monocameralismo hubiese sido el régimen de textos tan destacables como el de 1812 o el de 1931.

2. En segundo lugar, las propias Cámaras Constituyentes nacidas al amparo de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 eran de estructura bicameral. Este dato (infrecuente para un proceso constituyente) no fue en modo alguno óbice para la realización de un trabajo de elaboración constitucional que se considera sin duda de los más brillantes de nuestra historia; y eso en un régimen bicameral de paridad casi absoluta.
3. En tercer lugar, el sistema bicameral se vislumbraba como una fórmula posible para dar solución a sistemas de representación complementarios al puramente poblacional. En este sentido, es especialmente reveladora la afirmación del art. 69.1 según la cual el Senado es la Cámara de representación territorial.

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

1. la confianza al presidente del Gobierno la atribuye el Congreso de los Diputados (art. 99),
2. que es quien también puede cesarlo mediante una moción de censura (art. 113),
3. y que la última palabra en el procedimiento legislativo, con escasas excepciones, la tiene también el Congreso de los Diputados (art. 90).

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

## COMPOSICIÓN Y FUNCIONES

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

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

Estas previsiones constitucionales han sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que ha dicho:

“[...] El sistema electoral español está contenido principalmente en la LOREG, Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de la que habla en estos términos el art. 81.1 de la Constitución, de cuya necesidad se ocupó este Tribunal en su STC 72/1984 (RTC 1984/72), a la que hacen referencia directa o indirecta diversos preceptos de la Constitución (art. 68, 69 y 23, entre otros), y que de ellos, y de la «globalidad que la propia Constitución impone» parte, como se indica en su preámbulo. Esta ley sustituye

(sustitución «que no es en modo alguno radical», como reconoce el preámbulo en su apartado primero) al Real Decreto-ley de 1977 (RCL 1977/612 y 795), está en relación de continuidad con otros textos legales electorales de nuestra historia, y configura un sistema electoral, peculiar en relación con los de otros países, pero ni menos democrático ni menos garantista que aquellos, y caracterizado, por lo que aquí importa destacar, a) por descansar en una Administración Electoral (art. 8 de la LOREG), integrada por Juntas compuestas en su mayoría por Magistrados y Jueces y en todo caso presidida por ellos, designados siempre por insaculación (art. 9 y siguientes de la LOREG), y por unas mesas electorales cuyos tres miembros están designados, en todo caso, por sorteo público «entre la totalidad de las personas censadas en la Sección correspondiente» (art. 26 de la LOREG); b) por la existencia de representantes, apoderados e interventores de las candidaturas con presencia activa a lo largo del procedimiento electoral (art. 43 y 76 a 79 de la LOREG); y c) por la existencia de un control jurisdiccional en virtud del cual la jurisdicción del orden contencioso-administrativo actúa controlando los acuerdos de la Juntas electorales en momentos tales como la proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49 y siguientes de la LOREG), y la proclamación de electos (art. 109 a 117 de la LOREG)” STC 24/1990, de 15 de febrero.

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

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

- a. El sufragio ha de ser universal. Este planteamiento, que de hecho se encuentra reiterado en el art. 68.5, significa el

reconocimiento de un largo proceso que en España no culmina sino en la II República con el reconocimiento del voto femenino.

- b. El sufragio ha de ser libre. Este rasgo, que diferencia nítidamente un sistema democrático de otro que no lo es, no se puede entender en la acepción formal o rituarial, sino que hay que llevarlo a la esencia del concepto libertad. Recuérdese, además, que la libertad es uno de los principios inspiradores del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1) y que el propio art. 23.1 señala que el derecho de participación exige inexcusablemente la libertad en la elección.
- c. El sufragio ha de ser directo. Frente al sistema electoral de nuestros inicios constitucionales que preveía elecciones indirectas de varios grados (hasta cuatro en la Constitución de Cádiz), y que así pervive en algunas importantes elecciones (v.gr. el sistema de compromisarios en la elección presidencial de EE.UU.), la elección por el Congreso es de carácter directo, sin que medie ninguna instancia o grado entre el votante y el candidato o/y electo.
- d. El sufragio ha de ser secreto. Esta característica afecta también al principio de libertad, en la medida que permite eludir coacciones o intromisiones en el sufragio libremente emitido. Por eso, además de garantizar el principio de libertad ideológica del art. 16.2, obliga a la Administración electoral a facilitar los medios técnicos y materiales que garanticen este secreto (cabinas, urnas, etc.).

En resumen, el juego combinado de estas características del sufragio tiene como objetivo último garantizar la libertad y la pureza del proceso electoral y asegurar que el resultado corresponda realmente con la voluntad popular libremente expresada.

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

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

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

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

La fórmula aparece contenida en el art. 162.2 y 3 de la LOREG, que fija en dos diputados el número mínimo inicial y distribuye los restantes según un procedimiento proporcional con sistema de mayores restos. Esta fórmula lleva consigo que la solución no es única y cerrada una vez y para

siempre. Por el contrario, en cada elección, señala el art. 162.4 de la LOREG que “el decreto de convocatoria debe especificar el número de diputados que se van a elegir en cada circunscripción, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo”. Es decir, en cada proceso electoral se tendrán en cuenta las variaciones de población habidas de conformidad con el censo oficial de población. En la práctica, la horquilla oscila entre tres diputados elegidos en las provincias de menor población y los treinta y cuatro que elige la provincia más poblada, en este caso Madrid.

Como señala ALBA NAVARRO, cualquier sistema electoral por el que se opte estará situado en una franja que:

- tendrá en un extremo el sistema mayoritario puro
- y el sistema proporcional de fórmulas matemáticas exactas hasta donde la indivisibilidad del cuerpo humano lo permita.

Esta realidad tiene una lógica inmanente, pues, como señala el Tribunal Constitucional, la Constitución no aspira a un sistema “puro” de proporcionalidad, ya que tal sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el derecho comparado en parte alguna, ni acaso en ningún sistema imaginable. “La proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre mediante su puesta en práctica quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto de que se puede afirmar que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa «pureza» de la proporcionalidad abstractamente considerada” (STC 75/1985).

Esta flexibilidad constitucional permitía, pues, al legislador optar entre una rica panoplia de sistemas electorales, todos ellos proporcionales. Como en tantas otras ocasiones, el art. 163 de la LOREG vino a confirmar lo ya regulado en el Real Decreto-ley de 15 de marzo de 1977, consagrando el

llamado sistema D'Hondt, que, como el propio Tribunal Constitucional señala:

“resulta cierta ventaja relativa [...] para las listas más votadas, y eso como consecuencia del peculiar sistema de cocientes sucesivos que dicha regla articula” (STC 75/1985).

Plasmado normativamente este sistema y explícitamente su constitucionalidad por el Alto Tribunal, puede afirmarse que el sistema como tal no se encuentra hoy en día seriamente impugnado, por más que se discutan determinados aspectos de las listas (cerradas, bloqueadas, etc. )

Conviene también señalar brevemente que la ya citada STC 75/1985 se pronunció en términos afirmativos sobre la constitucionalidad de las denominadas barreras electorales legales; es decir, la exigencia establecida en el art. 163 de la LOREG de que, para obtener escaños, las candidaturas deben conseguir por lo menos el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

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

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

- La primera, al estar directamente vinculada a la elección que le sirve de base, puede darse por iniciada desde que el diputado es elegido, esto es, desde el propio día de la elección. De ahí que este sea el momento inicial que adopta la Constitución para iniciar el cómputo de los cuatro años que dura el mandato (“cuatro años después de su elección...”).
- Otra cosa es que, para poder ejercer con propiedad la función representativa, el Reglamento del Congreso exija el cumplimiento de



una serie de requisitos cuya satisfacción da lugar a la adquisición de la condición plena de diputado (art. 20.1 del RCD). Por eso, si bien el Reglamento precisa que “los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el diputado sea proclamado electo”, el disfrute de estos quedará suspendido cuando el diputado no satisfaga los requisitos, transcurridas tres sesiones plenarias desde que hubiese conseguido la condición de electo (art. 20.2 del RCD).

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

En todo caso, conviene recordar aquí que, como consecuencia de lo previsto en el art. 78.3 de la CE, la extinción del mandato no afecta a los miembros de la Diputación Permanente (tanto titulares como suplentes), que retendrán el mandato y sus funciones hasta la constitución del Congreso de los Diputados resultado de las elecciones. Esta decisión es lógica si se tiene en cuenta que es la propia Diputación Permanente la que garantiza la continuidad de la institución parlamentaria.

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

Es preciso destacar también que el propio Tribunal Constitucional, en su STC 26/1990, dejó clara la distinción entre el elector y el votante. Así, el art. 68.5 se refiere a la capacidad y no a su ejercicio. Se puede ser elector y no votante, pero siempre habrá que ser elector para ser votante. Como señala el Alto Tribunal, el concepto de “electores” se entiende “referido a los inscritos en el censo con capacidad para votar” (STC/1990).

Así como la Constitución excluye a los extranjeros del sufragio en las elecciones para el Congreso de los Diputados, se ocupa especialmente de reconocer y garantizar el derecho de sufragio a los españoles que se encuentran fuera del territorio de España. Esta solución, que no recoge todos los ordenamientos ni mucho menos, obliga a la LOREG a regular este supuesto, y a la Administración pública a instrumentar mecanismos específicos para estos votantes.

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

En la medida en que en el régimen parlamentario la duración de la legislatura no es fija, sino que puede mediar la disolución anticipada ex. art. 115, la Constitución obliga a que las elecciones tengan lugar en un plazo situado entre los treinta y los sesenta días contados desde la finalización del mandato. Esta previsión se desarrolla en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, el cual, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo, establece que las elecciones habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto después de la convocatoria, tanto en el supuesto de extinción de la legislatura como de disolución anticipada. La convocatoria se hará a través de real decreto (art. 157 de la LOREG).

- En el primer caso, el decreto de convocatoria ha de expedirse el día vigésimo quinto anterior a la expiración del mandato.
- En el supuesto de disolución anticipada, el decreto de disolución ha de incluir la convocatoria de elecciones. Es, pues, imposible una disolución sin convocatoria, aunque sí es posible lo contrario.

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

A nuestro bicameralismo se optó por darle una fundamentación territorial, aprovechando el nuevo modelo de ordenación política que en ese ámbito abrían tanto el artículo 2 como el propio título VIII. De ahí la célebre expresión según la cual “el Senado es la Cámara de representación territorial”.

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

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

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

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

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

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

El artículo 69.2 señala que en cada provincia se elegirán cuatro senadores. Lógicamente, hay que interpretar este precepto en relación con los demás apartados del artículo y, por lo tanto, hay que entender que cuando se habla de provincias la Constitución se refiere exclusivamente a las provincias no insulares.

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

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

Las circunscripciones insulares son otra muestra del “carácter territorial” que a la representación se quiere ofrecer en el Senado y que está impreso

en el artículo 69.3. Este precepto parte de la realidad insular como un “hecho diferencial”, que justifica un trato específico en forma de circunscripción específica.

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

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

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

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

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

1. La primera cuestión interesante que hay que analizar es la relación representativa que aportan estos senadores. En efecto, dado que su designación proviene de la Asamblea de la comunidad autónoma, en varias ocasiones se ha planteado el fundamento de la relación representativa que subyace a este mandato. Frente a la elección directa descrita con anterioridad, los senadores son designados por un órgano de la comunidad autónoma: el Parlamento o Asamblea. De ahí que en varias credenciales aportadas por senadores designados se afirme que lo son en representación de una comunidad autónoma. Sin que eso deje de ser cierto, no lo es menos que los designados lo

son por ser miembros de un determinado grupo político o, por lo menos, por ser propuestos por uno de ellos. De hecho, una vez que los senadores designados se incorporan al Senado, no existen diferencias sustanciales con los senadores electos y aquellos pasan a formar parte de los grupos parlamentarios constituidos en torno a las fuerzas políticas de diverso signo. Por otra parte, conviene recordar que la significación numérica de estos senadores no es muy elevada si tenemos en cuenta que representan más o menos una quinta parte de la Cámara. Sí es cierto, sin embargo, que determinados preceptos del Reglamento del Senado (por ejemplo, el art. 56 bis 1 del RS) les atribuyen una posición específica en orden a la participación en determinados órganos (por ejemplo, la Comisión General de las Comunidades Autónomas).

2. La Constitución optó por fijar sólo los elementos básicos de la designación de estos senadores del art. 69.5, mientras que remite la globalidad de su regulación a la normativa autonómica. Esta regulación, en algunos casos, está plenamente contenida en el respectivo Estatuto y, en otros, se desarrolla a través de una ley de la comunidad autónoma. La diversidad normativa origina unas diferencias en el régimen jurídico de los senadores designados cuyo análisis exige una pormenorizada travesía por el ordenamiento autonómico. Tres son, no obstante, los elementos de carácter común garantizados en su homogeneidad por la Constitución: el número de senadores que designa cada comunidad autónoma, el órgano que los designa y la llamada a cierto carácter proporcional en la designación.
  - En cuanto al número de senadores que corresponde designar a cada comunidad autónoma, la Constitución fija un parámetro lineal y otro variable. El lineal exige que cada comunidad cuente, por lo menos, con un senador por la vía del art. 69.5. Este senador, cuya designación es independiente de la población con que cuenta cada comunidad autónoma, sólo

podrán designarlo las comunidades que tengan tal rango constitucional. Es decir, no tienen atribuida esta capacidad las ciudades con Estatuto de Autonomía como Ceuta y Melilla a las que antes se hacía referencia. Esta vía asegura, pues, diecisiete senadores con carácter fijo.

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

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

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

- La Constitución exige que los senadores autonómicos sean designados por la Asamblea legislativa o, en su defecto, por el órgano colegiado superior de la comunidad autónoma. De hecho, en todos los casos es el Parlamento autonómico el que viene designando y acreditando a estos senadores de acuerdo con su Estatuto, su Reglamento y, en caso de existir, con la ley autonómica que fija el proceso de designación de los senadores. Precisamente, la

posibilidad de que sean los Gobiernos autonómicos y no los Parlamentos los que designen a los senadores es una de las cuestiones que han sido objeto de debate como una posible reforma del Senado.

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

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

Es decir, máxima flexibilidad, que se ve confirmada en la STC 76/1989 cuando afirma la constitucionalidad posible de diversos modelos de proporcionalidad siempre que el criterio se respete. No hay, pues, un único modelo ni se puede exigir la aplicación analógica de la regla D'Hondt que rige para el Congreso de los Diputados como único sistema (STC 4/1992).

Dado que la normativa es básicamente autonómica, esta puede optar con absoluta legitimidad por vincular el mandato senatorial con el propio de la Asamblea autonómica o, por el contrario, desvincular ambas



circunstancias. Esta opción, confirmada en cuanto a su constitucionalidad por las STC 40/1981 y 76/1989, lleva consigo que en aquellos casos en los que ambos mandatos van unidos, o por decirlo más claro, en los que el mandato autonómico es *conditio sine qua non* para acceder al mandato material, la pérdida del primero lleva consigo la pérdida del segundo. Así lo contempla expresamente la legislación autonómica y se prevé en el artículo 18 f) del Reglamento del Senado.

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

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

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

## **FUNCIONES DE LAS CORTES GENERALES. LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL GOBIERNO.**

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

### ***1. Función legislativa***

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

El ejercicio de la potestad legislativa está siempre sometido a la supremacía de la Constitución. De otro modo las Cortes Generales estarían ejerciendo *de facto* un poder constituyente para el cual no están habilitadas, salvo que ejerciten las competencias y procedimientos del

título X de la Constitución (así lo expresa en el caso LOAPA la [STC 76/1983](#), de 5 de agosto). Eso no impide la pluralidad de desarrollos legislativos del texto constitucional (Cf. STC 194/1989, de 16 de noviembre).

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

- bien por delegación de las propias Cortes (art. 82),
- bien como consecuencia del despliegue de competencias propias (art. 86), a través de decretos-leyes.

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

## *2. Función presupuestaria*

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

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

## *3. Función de control*

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

Esta relación de confianza no se detiene en la investidura del presidente del Gobierno, sino que permite y justifica que el Parlamento vigile y controle la acción del Ejecutivo toda vez que este responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados (art. 108).

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

Para aclarar los distintos instrumentos de control, será conveniente delimitar los rasgos definitorios de las preguntas e interpelaciones. Podemos afirmar, siguiendo a FERNANDO SANTAOLALLA, que preguntas e interpelaciones constituyen instrumentos de información de los Parlamentos. A través de estas, los miembros de las Cámaras pueden obtener esclarecimiento sobre todo lo que hace o deja de hacer el Gobierno y la Administración.

Las preguntas y las interpelaciones permiten, como queda dicho, obtener información y explicación sobre las distintas cuestiones responsabilidad del Gobierno. Ambas están asociadas al control del

Parlamento sobre el Gobierno. Son procedimientos característicos del sistema parlamentario y de claro valor democrático.

Siendo preguntas e interpelaciones procedimientos de información o fiscalización, sus diferencias estriban más en elementos formales o cuantitativos que en puros elementos materiales o cualitativos. Las preguntas deben formularse respecto a cuestiones concretas y determinadas, o que no tengan una destacada importancia política, mientras que las interpelaciones tienen su campo de aplicación en las cuestiones de mayor trascendencia política o de contenido muy amplio, como son las relacionadas con la acción política general o de un departamento.

Esto explica que no haya una separación clara y segura entre uno y otro procedimiento. Aspectos que en momentos normales se resuelven con una pregunta pueden convertirse en objeto de una interpelación de concurrir ciertas circunstancias.

- Las preguntas encierran sólo un pequeño y breve diálogo entre el parlamentario autor de las mismas y el ministro afectado.
- Las interpelaciones suelen tener un desarrollo más amplio al provocar un debate en el que pueden intervenir otras personas además de las mencionadas.

Y es que el interés más reducido o concreto de las primeras permite su más rápida contestación, mientras que la mayor substantividad de las segundas despierta el deseo de otros sectores de la Cámara de participar y hacer valer su punto de vista, lo que propicia la apertura de un debate más amplio.

Preguntas e interpelaciones nacieron como un procedimiento oral. No obstante, en el caso de las preguntas, el éxito obtenido, producto de su elevado número, trajo consigo retrasos para su exposición. De ahí la búsqueda de nuevas vías de expresión que asegurasen la pronta satisfacción de la curiosidad de los parlamentarios, sin mengua de la adecuada resolución de los restantes asuntos. Es entonces cuando aparecen las preguntas de contestación escrita, particularmente idóneas

para el tratamiento de cuestiones técnicas o complejas. Consisten en que la demanda de información y la contestación gubernamental, en vez de exponerse en los debates, se producen por escrito, mediante ciertos procedimientos de publicidad. Ya durante el siglo XX varios Parlamentos crearon boletines para la inserción y difusión de estas preguntas.

Más recientemente, algunas Cámaras crearon una variante de las orales, como son las de carácter urgente, que se caracterizan por anteponerse a las demás por afectar a cuestiones de actualidad. Generalmente se presentan sobre aspectos por los que la opinión pública siente particular interés y en los que, por lo tanto, la observancia del turno regular provocaría la frustración de ese propósito. Otros Parlamentos, como el español, diferencian a su vez entre las preguntas de contestación ante la Cámara y ante las Comisiones.

El título IX del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982 regula el planteamiento de preguntas e interpelaciones. Dentro de las primeras, se diferencia entre las de contestación oral (preguntas orales) y las de contestación escrita (preguntas escritas). A su vez, las orales se subdividen en de contestación en pleno y en comisión. El diputado interrogante puede escoger libremente entre cualquiera de estas variantes. Pero si no indica nada al presentarlas, se entenderá que opta por recibir contestación escrita, y si callase sobre el tipo de las orales se tramitarán como de contestación en comisión (art. 187). En cualquier caso, todas ellas han de presentarse por escrito ante la Mesa de la Cámara (art. 186.1), precepto que obedece a la necesidad de que el Gobierno tenga un elemento fiable sobre el que preparar su respuesta.

La previsión normativa contenida del Reglamento del Senado de 1982 es muy parecida a la de la otra Cámara, razón por la que sólo nos referimos a los puntos en que existe alguna diferencia.

- Para las preguntas orales en sesión plenaria se reservan, en principio, los primeros sesenta minutos, lo que se interpreta referido a la primera de las sesiones semanales que celebra el Senado.

- Se obliga a formular las preguntas desde el escaño, otorgando tres minutos al senador interrogante y otros tantos al ministro que ha de responder (art. 167).
- Se prevé la presentación de preguntas urgentes, que se anteponen en su exposición a otras de fecha anterior (art. 163).
- Según la Norma supletoria de 6 de diciembre de 1984, estas preguntas deben presentarse antes de las doce horas del martes de la semana anterior a aquella en que se solicite su respuesta y, en casos excepcionales, pueden admitirse otras presentadas con tan sólo veinticuatro horas de antelación.

En consonancia con la ya mencionada mayor substantividad de las interpelaciones, el Reglamento del Congreso dispone que deberán versar “sobre los motivos o propósitos de la conducta del Ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de algún Departamento ministerial”, atribuyendo a la Mesa de la Cámara un poder de calificación para admitir a trámite sólo las que se ajusten a las características advertidas. Esta, en caso de que su contenido no sea propio de una interpelación, se lo comunicará al autor de la iniciativa para su conversión en pregunta (art. 181).

El debate es también más amplio que el de las preguntas: diez minutos para cada uno de los turnos de exposición y de contestación gubernamental, cinco para los de réplica y otros cinco para los portavoces de los grupos parlamentarios (art. 183).

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

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

obligar de las leyes y no pueden invocarse ante terceros. Como indica PIERRE, “las órdenes del día —equiparables a nuestras mociones— adoptadas por cada una de las Cámaras tienen, para el Gabinete, el valor de una indicación moral; sirven para dirigir su política”. Por lo tanto, son manifestaciones de carácter político, dimensión en la que pueden tener un gran peso.

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

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

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

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

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

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

#### *4. Otras funciones*

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

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

- las relacionadas con la reforma constitucional (art. 167 a 169),
- las de designación o propuesta de miembros de otros órganos constitucionales (art. 122.2, art. 159) o de importancia constitucional (art. 54);
- o todas aquellas competencias relacionadas con la Corona (art. 57.3; 57.4; 59.2; 59.3; 60.1; 61.1; 61.2 y 61.3).

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

Xosé Antón Sarmiento Méndez  
(Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo)



**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRA, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA:**

- **Las Cortes Generales ante los proyectos de ley de presupuestos generales del Estado**  
Luis María Cazorla Prieto. Revista de las Cortes Generales, ISSN 0213-0130, N.º 3, 1984, pag. 51-86.
- **La esencia del régimen: el control parlamentario del Gobierno**  
Manuel Sánchez de Dios. Política y sociedad, ISSN 1130-8001, N.º 20, 1995, pag. 35-52.
- **Una aproximación a los instrumentos de control parlamentario en la Constitución Española de 1978**  
Carlos Hakansson Nieto. Díkaion: revista de actualidad jurídica, ISSN 0120-8942, N.º 12, 2003.
- **La función de control en el Parlamento de Galicia**  
Alan Bronfman Vargas. Santiago de Compostela: Parlamento de Galicia, 2003. ISBN 84-9750-138-1.

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

## **Tema 7 Procedimiento de elaboración y aprobación de las leyes. Órganos de control de la Administración: El Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo. La Administración consultiva: especial referencia al Consejo de Estado.**

### ÍNDICE

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

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

Habiendo estudiado en el tema anterior las distintas forma de ejercer ka

iniciativa legislativa, previstas en el art. 87 de la CE, se aborda ahora el procedimiento de elaboración y aprobación de las leyes en las Cortes españolas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) El procedimiento de lectura única en Pleno es de exclusiva previsión reglamentaria, ya que no está expresamente contemplado en la Constitución. Es un procedimiento destinado a proyectos o proposiciones

de ley que por su sencillez u otras razones (como pudiera serlo el alto grado de consenso para su aprobación entre las fuerzas parlamentarias), aconsejen una única lectura (debate y votación) en el Pleno de la Cámara, sin necesidad de debate y votación en comisión. El Reglamento del Congreso lo contempla en su art. 150 y el del Senado en el 129. En ambos casos, la decisión de seguir este procedimiento corresponde al propio Pleno, a propuesta de la Mesa y oída la Junta de Portavoces.

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

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

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

### **2.1. Naturaleza y funciones reguladas en el art. 136 CE.**

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

El ámbito, pues, de su jurisdicción, se extiende no sólo al Estado y demás

Entes que lo forman, sino a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, sin perjuicio de que pudiera existir una dicotomía en cuanto a dicha censura en la medida en que el Tribunal de Cuentas de la Comunidad Autónoma también fiscaliza las Cuentas de la Comunidad y de las Entidades Locales de su ámbito territorial. Esto es independiente de la reserva a favor del Tribunal de Cuentas del Reino de la facultad de atraerlas a su conocimiento directo y sin menoscabo del pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales respecto de estas Administraciones.

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

B) Añade el artículo 136.1 que "Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado".

Se trata de un órgano designado por las Cortes, y cuenta con independencia funcional en el ejercicio de su competencia de control contable en todo el ámbito público. Su composición, organización y funciones han sido desarrolladas, por mandato del art. 136.4 CE, por la Ley Orgánica 2/82 del Tribunal de Cuentas (LOTCu).

C) El art. 136.2 de la CE dispone que "Las Cuentas del Estado y del Sector Público Estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste".

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

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

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

La composición y organización del Tribunal de Cuentas se regula en el Título II de la Ley Orgánica 2/1.982, de 12 de mayo, concretamente en los

artículos 19 al 28. Complementa esta ley la 7/1.988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, norma de carácter ordinario. Los órganos del Tribunal de Cuentas son los siguientes:

- a) El Presidente.
- b) El Pleno.
- c) La Comisión de Gobierno.
- d) La Sección de fiscalización.
- e) La Sección de enjuiciamiento.
- f) Los Consejeros de Cuentas.
- g) La Fiscalía.
- h) La Secretaría General.

A. El Presidente.

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

- Representar al Tribunal.
- Convocar y presidir el Pleno y la Comisión de Gobierno con voto de calidad.
- La jefatura Superior del personal del Tribunal y funciones de nombramiento, contratación, gobierno y administración en general.



- Disposición y gestión de gastos y contratación de bienes, obras, etc.
- Las demás que le reconozca la Ley, y resolver los demás problemas de carácter gubernativo no asignados a otros órganos del Tribunal.

#### B. El Tribunal en Pleno.

Estará integrado por doce Consejeros de Cuentas, uno de los cuales será el Presidente, y el Fiscal. El quórum para la válida constitución del Pleno será el de dos tercios de sus componentes y sus acuerdos serán adoptados por mayoría de asistentes.

Corresponde al Pleno:

- Ejercer la función fiscalizadora.
- Plantear los conflictos que afectan a las competencias y atribuciones del Tribunal.
- Conocer de los recursos contra las resoluciones administrativas dictadas por órgano del Tribunal.
- Las demás funciones que se determinen en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

#### C . La Comisión de Gobierno.

Quedará constituida por el Presidente y los Consejeros de Cuentas presidentes de Sección. Le corresponde:

- Establecer el régimen de trabajo de personal.
- Ejercer la potestad disciplinaria en los casos de faltas muy graves

respecto del personal al servicio del Tribunal.

- Distribuir los asuntos entre las Secciones.
- Nombrar a los Delegados Instructores.

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

**D. La Sección de fiscalización.**

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

**E. La Sección de enjuiciamiento.**

Se organizará en Salas, integradas por un Presidente y dos Consejeros de Cuentas y asistidas por uno o más Secretarios.

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

**F. Compete a los Consejeros de Cuentas.**

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

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

G. La Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

Dependiente funcionalmente del Fiscal General del Estado, quedará integrada por el Fiscal y los abogados fiscales

H. La Secretaría General.

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

Miembros del Tribunal de Cuentas.

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

- a) Presidente: Nombrado por el Rey a propuesta del Pleno por tres años.
- b) Consejeros: Seis por el Congreso y seis por el Senado, por nueve años entre Censores del propio Tribunal, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos de Cuerpos con titulación superior, y Abogados, Economistas o profesores mercantiles de prestigio y 15 años de profesión.
- c) Los Presidentes de las Secciones de fiscalización y enjuiciamiento serán designados por el Tribunal entre los Consejeros de Cuentas a propuesta del

Pleno.

d) El Fiscal pertenecerá a la carrera fiscal y se nombrará por el Gobierno.

No podrán ser Consejeros de Cuentas quienes en los dos años anteriores:

- a) Las autoridades o funcionarios, manejasen, interviniesen ingresos o gastos del sector público.
- b) Altos cargos de Organismos Autónomos y Sociedades del Sector Público.
- c) Los perceptores de las subvenciones con cargo a fondos públicos.
- d) Los particulares que excepcionalmente manejasen caudales públicos.

No podrán ser removidos el Presidente ni los Consejeros sino por:

- a) Agotamiento de su mandato.
- b) Renuncia aceptada por las Cortes.
- c) Incapacidad, incompatibilidad o incumplimiento grave de sus deberes.

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

Son funciones propias del Tribunal de Cuentas:

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

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

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del Sector Público a los principios de legalidad financiera y economía. Esta fiscalización se concreta:

- a) En general: Examen de la Cuenta General de las distintas Administraciones Públicas en el plazo de seis meses desde su rendición.
- b) En particular: Los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector Público en los casos establecidos o cuando lo considere necesario o conveniente el Tribunal.

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

Se expondrán los resultados de la fiscalización por medio de informes o memorias en los cuales se harán constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado con indicación de la responsabilidad en que a su juicio se hubiere incurrido y de las medidas para exigirla.

El informe o Memoria anual contendrá el análisis de la Cuenta General del Estado y de las demás del Sector Público y se extenderá a:

- a) La observación de la Constitución y de las Leyes de ingresos y gastos, y en general, de las normas que afecten a la actividad económico-financiera del mismo.
- b) Al cumplimiento de las previsiones en ejecución de los Presupuestos del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y demás

Entidades sujetas al régimen presupuestario público.

- c) La racionalidad en la ejecución del gasto.
- d) La ejecución de los programas de actuación, inversiones y financiación de las sociedades estatales y de los demás: planes o previsiones que rijan la actividad de las Empresas públicas, así como el empleo o aplicación de las subvenciones con cargo a fondos públicos.

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

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

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

Esta jurisdicción es necesaria, improrrogable, exclusiva y plena, y se extenderá a los solos efectos de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones perjudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable. Esta jurisdicción es compatible respecto de unos

misimos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia. Sin embargo, alguna Sentencia del Tribunal Constitucional se ha manifestado en contra de que unos mismos hecho puedan dar lugar a sanciones de distinto tipo, disciplinaria, penal y contable.

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

La responsabilidad puede ser directa o subsidiaria.

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

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

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

a) La formación de oficio de la cuenta retrasada a costa del moroso, siempre que existieran los elementos suficientes para realizarlo sin su cooperación.

- b) La imposición de multas coercitivas en la cuantía que legalmente se establezca.
- c) La propuesta a quien corresponda para la suspensión, la destitución, el cese o la separación del servicio de la autoridad, funcionario o persona responsable.

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

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

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

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

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

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

Tampoco se exigirá responsabilidad cuando el retraso en la rendición,



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

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

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

En los casos en que las responsabilidades mencionadas sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto.

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

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

El procedimiento fiscalizador se regula en el Título V de la Ley Orgánica, el cual dedica un Capítulo a cada uno de los procedimientos.

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

En cuanto a los procedimientos jurisdiccionales, se establece que los

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

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

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

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

Los funcionarios y el personal al servicio de las Entidades del Sector Público legitimado para comparecer ante el Tribunal de Cuentas, podrán serlo por sí mismos y asumir su propia defensa.

La representación y defensa del Estado y de sus Organismos Autónomos en las actuaciones a que se refiere la presente Ley, corresponderá a los Abogados del Estado. La de las Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios a sus propios Letrados, a los Abogados que designen o a los Abogados del Estado.

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

revisión ante el Tribunal Supremo.

## **2.5. Los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas.**

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

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

Los Informes o Memorias habrán de remitirse acompañados de los antecedentes y del detalle necesario al objeto de que el Tribunal de Cuentas pueda examinarlos, practicar en su caso las ampliaciones y comprobaciones que estime necesarias, e incorporar sus propias conclusiones, si resultara procedente, a la Memoria anual a remitir a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o a las Memorias extraordinarias.

El Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo plenario, podrá solicitar de los órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas la práctica

de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al Sector Público autonómico como al estatal.

Actualmente están creados los siguientes órganos de control externo:

- Cámara de Cuentas de Andalucía (Ley 1/1988, de 17 de mayo).
- Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Ley 1/1987, de 18 de febrero).
- Audiencia de Cuentas de Canarias (Ley 4/1989, de 2 de mayo).
- Sindicatura de Cuentas de la Generalidad de Cataluña (Ley 5 de marzo de 1984).
- Consejo de Cuentas de Galicia (Ley 6/1985, de 24 de junio).
- Cámara de Comptos de Navarra (Ley Foral 20 de diciembre de 1984).
- Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (Ley 1/1985, de 5 de febrero).
- Sindicatura de Cuentas de Valencia (Ley 6/1985, de 11 de mayo).

Las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y los OCEX están condicionadas por la concurrencia competencial en cuanto a la fiscalización del Sector público autonómico.

El art. 29 de la Ley de Funcionamiento dl Tribunal de Cuentas prevé los mecanismos concretos de coordinación. Entre éstos cabe reseñar:, enn primer lugar, el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización; en segundo lugar, la remisión al Tribunal de Cuentas, por parte de los OCEX, de los exámenes y censura de las cuentas del sector

público autonómico, así como de los Informes o Memorias, Mociones o Notas en que se concrete su actividad fiscalizadora; tercero, la facultad del Tribunal de Cuentas de examen y supervisión de los Informes antes referidos, así como la posibilidad de realizar las ampliaciones y comprobaciones que estime necesarias, así como de incorporar sus propias conclusiones, si resultara procedente, a la Memoria anual a remitir a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Por último, el art. 29.3, prevé la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas encomiende a los OCEX la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector público autonómico como al estatal.

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

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

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

La institución del Defensor del Pueblo está contemplada en el art. 54 de la CE, en el que se crea esta figura como alto comisionado de las Cortes

Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración. La Constitución se remite a una ley orgánica para la regulación del instituto, mandato cumplimentado con la LO 3/81, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP).

La regulación constitucional se ciñe a delimitar el perfil de la institución, al que configura como un órgano designado por las Cortes, a las que debe dar cuenta periódica de su actuación. Su función consiste básicamente en la supervisión de la actividad de la Administración para detectar posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Título I de la CE e instar a la rectificación de dichas conductas. Ahora bien, el Defensor del Pueblo es una institución sin competencias ejecutivas, sino tan sólo de persuasión, bien directamente, bien a través de sus informes a las Cortes Generales. Su proyección es, por tanto, más política o de opinión pública que jurídica

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

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

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

La institución se organiza con dos Adjuntos (Primero y Segundo), en los que el Defensor puede delegar y que le sustituyen en el ejercicio del cargo en caso de imposibilidad temporal o cese. Su nombramiento corresponde al propio Defensor del Pueblo, aunque debe contar con la conformidad de las Cámaras. El Defensor del Pueblo se relaciona con las Cortes mediante una

Comisión mixta Congreso-Senado

### **3.3. Funciones**

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

Las quejas han de ser firmadas, excluyéndose, por consiguiente, las de carácter anónimo, pero las actuaciones son gratuitas, sin que se necesite representación ni asistencia letrada. Así pues, con el único requisito formal de la identificación del que acude al Defensor del Pueblo, el procedimiento evita cualquier formalismo y persigue la máxima accesibilidad a la institución.

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

La naturaleza no ejecutiva del Defensor del Pueblo y su carácter de institución mediadora originan que su labor de investigación posea una escasa operatividad inmediata. En efecto, su eficacia depende de las gestiones sobre la Administración investigada, de la publicidad que decida

dar a los resultados de su investigación y de la actuación parlamentaria inducida por sus informes a las Cámaras.

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

Además, al Defensor del Pueblo le cabe sugerir al órgano legislativo o Administración competente la modificación de aquellas normas cuyo cumplimiento riguroso pudiera provocar, a su juicio, situaciones injustas o perjudiciales para los administrados (art. 28.2 LODP). También puede formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Las autoridades y funcionarios están obligados a responder por escrito en el plazo de un mes. Si no se produce una medida acorde con las sugerencias ofrecidas en un plazo razonable o no se justifican las razones que la desaconsejan el Defensor del Pueblo puede informar a la máxima autoridad del departamento afectado, y, en último término, incluir el asunto en su informe anual, con mención de los nombres de las autoridades y funcionarios que hayan adoptado tal actitud (art. 30 LODP).

Finalmente, la facultad más relevante del Defensor del Pueblo es la de interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo. En este caso, es la propia Constitución, en el art. 162.1 a) y b), la que le ha atribuido legitimación para incoar ambos procedimientos. El Tribunal Constitucional



parece haberse inclinado por interpretar esta doble legitimación en un sentido literal y amplio, sin restringirla al ámbito de la competencia del Defensor del Pueblo, esto es, la defensa de los derechos y libertades frente a la actuación de la Administración pública (STC 150/90, caso Recargo del tres por ciento).

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

### **3.4. Instituciones análogas de las Comunidades Autónomas**

Con posterioridad a la puesta en marcha de la institución, las Comunidades Autónomas han ido creando asimismo figuras análogas al Defensor del Pueblo, bautizadas con distintas denominaciones y con frecuencia previstas en sus propios Estatutos, pero con un ámbito de actuación restringido a la supervisión de la Administración pública de la propia Comunidad Autónoma. Ello no obstante, la competencia del Defensor del Pueblo se extiende a la supervisión de la actividad de las Administraciones públicas autonómicas. Asimismo, los órganos similares de las Comunidades Autónomas han de coordinar sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste puede solicitar la cooperación de aquéllos. La Ley 36/85 regula las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las instituciones autonómicas equivalentes y dota a estas últimas de análogas prerrogativas a las que se atribuyeron al Defensor del Pueblo. Además, se establece un régimen de cooperación entre el Defensor del Pueblo y la figura autonómica para la supervisión de la actividad de la Administración autonómica y de la local.

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

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

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

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

A) El Consejo Económico y Social, previsto en el artículo 131.2 Constitución Española y regulado en la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social. Se trata de un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, formado por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales, de los sectores agrario y pesquero, , de los consumidores, las cooperativas, las sociedades laborales y un grupo de expertos. Destacan las funciones de emitir dictámenes sobre Anteproyectos de Ley y de Reglamentos sen materia socioeconómica y elaborar estudios e informes en estas materias.

B) El Consejo de Estado, que es objeto de especial consideración inmediatamente.

C) A parte del Consejo de Estado, las Comunidades Autónomas han creado sus propios consejos consultivos. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha considerado que cuando una Ley exige el dictamen previo del Consejo de Estado, éste puede ser sustituido por el del Consejo consultivo autonómico, siempre que esté asegurada su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica (STC 204/1992, de 26 de diciembre). En Galicia, Ley 9/1995, de 10 de diciembre regula el Consejo Consultivo de esta Comunidad.

##### **4.2. El Consejo de Estado.**

#### **4.2.1. Naturaleza y régimen general .**

El art. 107 de la CE se refiere al Consejo de Estado como “el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una Ley orgánica regulará su composición y competencia”. El mandato constitucional se ha llevado a cabo mediante la LO 3/1980, de 22 de diciembre (LOCE, en lo sucesivo). El RD 1764/1980, de 18 de julio, aprueba el Reglamento orgánico del Consejo de Estado.

El art. 1 de la LOCE dispone que “ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y Funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

Y el art. 2 sintetiza las siguientes normas generales del Consejo de Estado: “1.En el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

2. El Consejo de Estado emitirá dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros.

La consulta al Consejo será preceptiva cuando en esta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos. Los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

Los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, solo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno.

Corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo.

Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso, se usará la fórmula de acuerdo con el Consejo de Estado; en el segundo, la de oído el Consejo de Estado.

3. El Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones.

En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos”.

#### **4.2.2. Organización.**

El Consejo de Estado actúa en Pleno, en Comisión Permanente o en Comisión de Estudios. También puede actuar en secciones con arreglo su Reglamento Orgánico.

A) Integran el Consejo de Estado en pleno: El Presidente, los Consejeros permanentes, los Consejeros Natos, los Consejeros Electivos y el Secretario General.

B) Componen la Comisión Permanente el Presidente, los Consejeros Permanentes y el Secretario General.

C) La Comisión de Estudios estará presidida por el Presidente del Consejo de Estado e integrada por dos Consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del Presidente, así como por el Secretario General. La designación será por el plazo que fije el reglamento orgánico, sin perjuicio de su posible renovación. Otro u otros Consejeros podrán ser incorporados por el mismo procedimiento para tareas concretas y de acuerdo con dicho reglamento. La Comisión estará asistida por al menos un Letrado Mayor y por los Letrados que se consideren necesarios en función de las tareas encomendadas, y podrá recabarse igualmente la asistencia de otros cuerpos de la Administración. Los requisitos para desempeñar estos puestos y su nombramiento se recogen en los artículos 6 y siguientes de la LOCE.

#### **4.2.3. Competencias.**

El Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, podrá elevar al

Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran.

El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.

El Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos (se indican los más importantes):

- Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.
- Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.
- Proyectos de Decretos Legislativos.
- Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
- Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales.
- Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
- Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.
- Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.

El art. 22 de las LOCE reserva otros asuntos a la consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado

Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.

El dictamen será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta Ley Orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes (art. 24 LOCE).

Vicente Calvo del Castillo

Interventor y secretario-interventor de la administración local.

#### BIBLIOGRAFÍA

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

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

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

**8. EL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL.  
ORGANIZACIÓN.  
PRESUPUESTOS MATERIALES Y  
PROCEDIMIENTOS DE LOS  
RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL.  
RECURSO DE  
INCONSTITUCIONALIDAD,  
CUESTIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD Y  
RECURSO DE AMPARO.**

## **TEMA 8**

### **El Tribunal Constitucional. Organización. Presupuestos materiales y procedimientos de los recursos ante el tribunal. Recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo.**

#### INDICE

1. El Tribunal Constitucional en la Constitución y en su Ley Orgánica
2. Composición, designación, organización y funciones.
  - 2.1. Composición y designación.
  - 2.2. Organización.
  - 2.3. Funciones.
3. Presupuestos materiales y procedimientos de los recursos ante el tribunal.
  - 3.1.El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de Ley: aspectos generales.
  - 3.2.El recurso de inconstitucionalidad.
  - 3.3.La cuestión de inconstitucionalidad.
  - 3.4.El control previo de tratados internacionales.
  - 3.5. El recurso de amparo.

#### 1. El Tribunal Constitucional en la Constitución y en su Ley Orgánica

Una de las notas más características de la Constitución es la de ser la voluntad de su eficacia en el ordenamiento jurídico como norma jurídica fundamental. En consecuencia, y como instrumento básico para afirmar esa eficacia, acogió en su seno un Tribunal Constitucional, regulado en su Título IX. El Tribunal Constitucional nace así como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su función primordial la de actuar como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1 LOTC).



El Derecho Constitucional europeo tuvo en el período de entreguerras un gran desarrollo por lo que se refiere a los instrumentos para asegurar la primacía de la constitución. La plasmación más importante de este hecho se encuentra en la creación de tribunales constitucionales en las Constituciones checa y austríaca de 1920, siguiendo las construcciones teóricas de Hans Kelsen. Una primera recepción de este modelo de justicia constitucional, aunque con muchas imprecisiones aún, se produce en la Constitución española de 1931 con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. No obstante, el perfeccionamiento del sistema de justicia constitucional tiene lugar con la Constitución italiana (1947) y con la Ley Fundamental de Bonn (1949). Así pues, en el momento de elaborarse la vigente Constitución española, el sistema de justicia constitucional concentrado o europeo se encuentra muy consolidado en el Derecho continental, y a él acude el constituyente.

Los rasgos más importantes del modelo español de justicia constitucional son los siguientes.

- a) En primer lugar debe destacarse que el Tribunal Constitucional encarna una auténtica jurisdicción, aunque por su naturaleza y funciones no se incardine en el seno del Poder Judicial. El carácter jurisdiccional de su función implica, entre otras cosas, que el Tribunal Constitucional es un órgano independiente y sometido exclusivamente a la Constitución y a su Ley Orgánica, tal y como dispone el art. 1 in fine de ésta.
- b) Estrechamente unida a lo anterior, debe señalarse, como segunda característica de la jurisdicción constitucional, el que venga atribuida a un órgano constitucional. Esto significa que el Tribunal Constitucional está configurado directamente por la Norma Fundamental; por lo que dicho órgano forma parte del conjunto de los que son considerados «troncales para la configuración del modelo de Estado».
- c) La tercera característica a destacar de la jurisdicción constitucional es la de su naturaleza concentrada, acorde con el modelo de Derecho

Comparado en el que se inspira. Esto significa, fundamentalmente, que sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Esta nota es la que diferencia de manera más patente la justicia constitucional europea del modelo de control de constitucionalidad difuso o de judicial review, cuya manifestación más clara se da en los Estados Unidos.

d) La siguiente característica, relacionada con lo que acaba de señalarse, radica en que el Tribunal Constitucional no es el único órgano que debe aplicar e interpretar la Norma Fundamental. La Constitución, en cuanto norma jurídica, vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1). Ello supone, por una parte, que han de ser todos los órganos jurisdiccionales, de cualquier orden, los que en su actuación diaria apliquen e interpreten la Constitución, tal y como recuerda el art. 5.1 de la LOPJ. Pero es el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de unificar esa interpretación dado su carácter supremo en el orden constitucional (arts. 123.1 CE y 1 LOTC). Prueba manifiesta de esa posición se encuentra en el ya citado art. 5.1 de la LOPJ que dispone que los jueces y tribunales «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

e) La última característica del modelo de justicia constitucional español es el de la amplitud de competencias con que cuenta el Tribunal Constitucional. En efecto, la función de interpretar la Constitución que le corresponde al Tribunal Constitucional la desarrolla a través de distintos procedimientos que, a su vez, están configurados atendiendo a los diversos tipos de conflictos constitucionales que pueden surgir. Posteriormente se hará referencia a cada una de las competencias; baste de momento la indicación sobre su amplitud, añadiendo sólo que el Tribunal Constitucional las ejerce siempre instado directa o indirectamente por las personas u órganos en cada caso legitimados, sin actuar nunca de oficio.

## 2. Composición, designación, organización y funciones del Tribunal Constitucional.

### 2.1 Composición y designación.

El art. 159 de la CE dispone que el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros; para su designación, la Norma Fundamental ha previsto la participación de los tres poderes del Estado, dando una especial preponderancia al poder legislativo, emanación directa de la voluntad popular. En efecto, los doce Magistrados son nombrados por el Rey a propuesta de los siguientes órganos:

- Cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados.
- Cuatro a propuesta del Senado.
- Dos a propuesta del Gobierno.
- Dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Esta forma de designación podría hacer pensar, en una primera lectura del art. 159 de la CE, que, en definitiva, la composición del Tribunal Constitucional deriva sólo y exclusivamente de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, dado que de ella depende, además del nombramiento de los ocho Magistrados designados por las Cámaras, la composición del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, órganos que designan al resto de los Magistrados. No obstante, ello no es así.

Por una parte, como el propio art. 159 de la CE establece, los ocho Magistrados propuestos por las Cortes han de serlo con una amplia mayoría cualificada: tres quintos de los miembros de la respectiva Cámara. Por otra, el mandato de los Magistrados del Tribunal Constitucional es de nueve años; ello supone que su elección no coincida con las legislaturas, de manera que no cabe establecer una relación automática entre mayoría parlamentaria y composición del Tribunal Constitucional. Esta falta de

relación se ve aún acentuada por un tercer correctivo introducido por la Constitución en aras de la independencia de la jurisdicción constitucional: el Tribunal Constitucional no se renueva de manera global. Por el contrario, aunque el mandato de todos los Magistrados es de nueve años, el órgano se renueva por terceras partes; dicho de otra manera, cada tres años cuatro miembros del Tribunal han de ser renovados. A estos efectos se considera que los Magistrados designados por el Congreso forman un tercio, los cuatro designados por el Senado otro tercio, y los dos designados por el Gobierno, junto con los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, constituyen el último tercio.

Toda la configuración del Tribunal Constitucional conduce a intentar que sus miembros sean designados con un amplio margen de consenso entre las fuerzas políticas más representativas de cara a una mayor legitimación democrática y a un fortalecimiento de la institución.

Además, la Constitución exige para ser Magistrado del Tribunal Constitucional el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Una calificación profesional: ser jurista. La Constitución, además, realiza un elenco de las categorías básicas dentro de las cuales ha de escogerse a los miembros del Tribunal Constitucional: Magistrados, Fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados.
- Un mínimo de antigüedad: 15 años de ejercicio profesional.
- Se exige «reconocida competencia». A pesar del margen de apreciación que esta exigencia deja, no por ello es inútil, actuando, al menos, como elemento persuasivo para quienes deben designar a los Magistrados.

La Constitución y la LOTC se han esforzado en garantizar la posición de independencia de los Magistrados del Tribunal Constitucional mediante un conjunto de reglas muy similar al que establece el estatuto de los

miembros del Poder Judicial.

Este conjunto de reglas puede resumirse como sigue.

- En primer lugar, los Magistrados del Tribunal Constitucional están sujetos a los principios de independencia e inamovilidad (art. 159.5 CE). Ello supone la imposibilidad de que sean cesados de su cargo hasta el cumplimiento del mandato de nueve años. Las excepciones a estos principios son tasadas y similares a las de los jueces y Magistrados del Poder Judicial: incompatibilidad, incapacidad, o como consecuencia de la exigencia de determinada responsabilidad civil o penal (art. 23 LOTC).
- En segundo lugar, los Magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran sometidos a un rígido sistema de incompatibilidades muy similar al de los miembros de la carrera judicial (art. 159.4 CE). Este sistema se traduce en la prohibición para los Magistrados de desarrollar cualquier otra actividad política, profesional, administrativa o mercantil durante el ejercicio de sus funciones, para permitir, así, su exclusiva dedicación a las tareas del Tribunal. No obstante, los Magistrados del Tribunal Constitucional pueden militar en partidos políticos o sindicatos, aunque sí el ocupar cargos directivos o empleos en dichas organizaciones, a diferencia de los miembros de la carrera judicial.
- Como tercera medida para asegurar la independencia, la LOTC ha excluido la posibilidad de reelección inmediata de los Magistrados, de forma que, una vez terminado el plazo de nueve años, no pueden ser designados de nuevo para el cargo. El motivo de esta prohibición es evitar posibles «compromisos» tendentes a asegurar una reelección.
- Por último, hay que señalar que los Magistrados del Tribunal Constitucional, como corolario de su independencia, no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, cuentan con fuero especial para la exigencia de responsabilidad penal ya que sólo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo puede enjuiciarlos.

## 2.2. Organización del Tribunal Constitucional

Como se señaló anteriormente, el Tribunal Constitucional está compuesto por doce miembros. El órgano está presidido por uno de los Magistrados, que, dada la autonomía del órgano, es elegido por los Magistrados de entre ellos, cada tres años, y nombrado por el Rey, siendo posible la reelección. Para la elección del Presidente del Tribunal Constitucional se exige la mayoría absoluta de los votos de los Magistrados, en una primera votación, bastando la mayoría simple en la segunda (art. 9.2 LOTC). Al Presidente le corresponden las tareas propias del cargo: convoca y ordena las sesiones del Pleno, ordena el trabajo del Tribunal, ejerce su representación, ostenta la jefatura administrativa, etc. ...

Existe, además, por previsión de la LOTC, un Vicepresidente, designado de la misma forma que el Presidente (art. 9.4). Al Vicepresidente le corresponde sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal, además de presidir una Sala del Tribunal, como en seguida se verá.

Para el ejercicio de sus competencias, el Tribunal Constitucional actúa de tres formas: en Secciones, en Salas o en Pleno. Al Pleno le corresponde resolver todos los asuntos que son competencia del Tribunal, con excepción de los recursos de amparo. No obstante, incluso éstos pueden ser resueltos por el Pleno, que tiene la posibilidad de recabar para su conocimiento asuntos de las Salas, bien a iniciativa propia o de éstas (art. 10.k LOTC).

Las Salas resuelven los recurso de amparo. Existen dos Salas, compuestas cada una por seis Magistrados. La Sala Primera la preside el Presidente del Tribunal; la Segunda lo hace el Vicepresidente. No existe especialización de las Salas por razón de la materia, sino simple reparto alternativo de

asuntos. Hay, por fin, cuatro Secciones, cada una compuesta por tres Magistrados, cuya función es la decisión sobre la admisibilidad de los asuntos.

Para la adopción de acuerdos en cada uno de los órganos del Tribunal se exige la presencia, al menos, de dos terceras partes de sus miembros. Las decisiones se adoptan, a partir de la propuesta del Magistrado ponente, por mayoría, contando el Presidente, en caso de empate, con voto de calidad (art. 90.1 LOTC). Los Magistrados pueden, si lo estiman conveniente, manifestar sus discrepancias con la mayoría mediante la formulación de un voto particular.

El Tribunal Constitucional, para el desarrollo de sus funciones, ha de contar con una infraestructura material y personal suficiente. Dentro de esta última hay que señalar que, al igual que el resto de los órganos jurisdiccionales, el Tribunal posee tres Secretarías de Justicia —en el Pleno y en las dos Salas—, ocupadas por Secretarios de Justicia ayudados de los correspondientes Oficiales, Auxiliares y Agentes. Por otra parte, los Magistrados cuentan con el apoyo de un cuerpo de Letrados que les asisten en su trabajo, bajo la jefatura del Secretario General, que dirige, asimismo, los distintos servicios del Tribunal.

### 2.3. Funciones

Como se señaló previamente, el Tribunal Constitucional cuenta con un amplio elenco de competencias que tratan de llevar a su conocimiento los distintos conflictos constitucionales que pueden surgir. Sin perjuicio del posterior estudio de cada uno de los procedimientos, el conjunto de sus competencias puede resumirse así:

- Control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, a través de los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de

inconstitucionalidad y control previo de tratados internacionales (arts. 161.1.a, 163 y 95 C.E.).

- Protección de derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 30 CE mediante el recurso de amparo (art. 161.1.b] CE).
- Garantía de la distribución territorial del poder a través de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o las de éstas entre sí (art. 161.1.c] CE).
- Control de constitucionalidad de disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas, mediante las impugnaciones previstas por el art. 161.2 de la CE.
- Control del reparto de competencias entre los distintos poderes del Estado a través de los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales (art. 59.1.c] LOTC).
- Garantía de la autonomía local a través de los conflictos que al efecto pueden plantearse contra normas con fuerza de ley (art. 59.2 LOTC).

Este es el elenco de las competencias jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, elenco que, en todo caso, puede ampliarse legalmente ya que el art. 161.1.d) de la CE deja abierta esta puerta, a través de la cual se introdujeron las dos últimas competencias señaladas: los conflictos de atribuciones y los conflictos en defensa de la autonomía local.

Además de estas competencias jurisdiccionales, y dado el carácter de órgano constitucional e independiente que posee el Tribunal, éste cuenta con un amplio margen de autonomía organizativa, lo que le otorga competencias de gobierno interno. Por destacar sólo las más significativas, el Tribunal elabora y aprueba sus reglamentos de funcionamiento interno, prepara su presupuesto que debe ser aprobado por las Cortes en el seno de los Presupuestos Generales del Estado, y posee gran discrecionalidad en su organización interna.

### 3. El sistema español de control de constitucionalidad de las Leyes.



### 3.1. El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley: aspectos generales

#### a) El objeto

El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es el instrumento de fiscalización jurídica de los poderes públicos que cierra el Estado de Derecho; con él se trata de asegurar la supremacía de la Constitución, haciendo prevalecer a ésta sobre las normas aprobadas por el poder legislativo. Ahora bien, el concepto de ley es un concepto polivalente; en una de sus dimensiones, en él se incluyen no sólo las leyes formales o disposiciones de carácter general aprobadas por las Cortes o por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, sino también otras normas de rango o fuerza similar a la ley por estar situadas de manera inmediata bajo la Constitución. Por ello, el art. 161.1.a) de la CE, al hablar del control de constitucionalidad, extiende éste a las «leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley».

El primer problema que plantea el control de constitucionalidad es determinar cuáles son las normas que deben incluirse en esa categoría. El art. 27.2 de la LOTC da la respuesta a esta pregunta, incluyendo las siguientes normas:

- Estatutos de Autonomía.
- Leyes orgánicas.
- Leyes ordinarias.
- Decretos-leyes.
- Decretos Legislativos.
- Tratados internacionales.
- Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- Normas equivalentes a las anteriores categorías que puedan dictarse por las Comunidades Autónomas: leyes, decretos legislativos y

reglamentos de sus Asambleas Legislativas.

A pesar del detallado elenco del art. 27.2 de la LOTC, en la práctica han surgido algunos problemas a la hora de determinar cuál es el alcance objetivo del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Siguiendo el orden señalado, hay que destacar que, aunque no existe duda alguna sobre la posibilidad de control de los decretos-leyes, desde el punto de vista práctico, dicho control es en ocasiones difícil de llevar a cabo por razones procesales. Ello porque el art. 86.2 de la CE exige que, en el plazo de treinta días desde su promulgación, los decretos-leyes se convaliden, se deroguen o se tramiten como proyectos de ley. En estos dos últimos casos, formalmente el decreto-ley desaparece como tal, siendo difícil que previamente pueda controlarse su constitucionalidad; no obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que «el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse» (STC 111/1983, caso RUMASA I). En consecuencia, se aceptó la posibilidad del control de un decreto-ley ya inexistente; otra cosa es la repercusión que esa inexistencia tiene a la hora de enjuiciar los distintos vicios e inconstitucionalidad que se denuncien.

En relación con los decretos legislativos, también existen problemas de control de su constitucionalidad. Dichos problemas surgen como consecuencia de la construcción doctrinal, aceptada por la jurisprudencia, según la cual cuando un decreto legislativo incurre en ultra vires o exceso de delegación pierde su rango legal, degradándose a nivel reglamentario. Desde la perspectiva de su control, esta construcción, acogida por los arts. 85.6 de la CE y 27.2.b de la LOTC, supone la posibilidad de fiscalización por los órganos del Poder Judicial. No obstante, y tal como último precepto citado deja puesto de manifiesto, no resulta entonces claro cuándo existe control de constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional, y cuándo el control del exceso en la delegación, correspondiente a los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional, por una parte, ha

confirmado la posibilidad de que los tribunales ordinarios controlen los excesos de delegación; a la vez, por otra parte, siempre que se ha cuestionado la regularidad de un decreto legislativo ante el Tribunal Constitucional, éste ha entrado a conocer del asunto; por ello, existe una zona de concurrencia en la que tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios pueden actuar (STC 47/84, caso Jefe de Servicio de RENFE).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que posea competencia para controlar normas de Derecho Comunitario Europeo (STC 64/91, caso APESCO). Aunque sean normas directamente aplicables en España que desplazan, incluso, a la ley interna, su parámetro de control está en el propio Derecho Comunitario, y es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien, en última instancia, debe efectuar ese control.

Para concluir el apartado correspondiente al objeto del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, conviene realizar una breve referencia respecto del control de aquéllas que son anteriores a la Constitución. La supremacía constitucional despliega sus efectos no sólo sobre las normas posteriores a la Constitución sino también sobre las normas preconstitucionales, de manera que sus contenidos no pueden ir contra lo dispuesto en la Norma Fundamental. El problema surge a la hora de conceptualizar la naturaleza del conflicto entre Constitución y norma anterior; de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias, ese conflicto puede resolverse por dos vías. Por un lado, el carácter posterior en el tiempo de la Constitución hace imponerse a ésta sobre las normas anteriores que sean contrarias a ella (criterio temporal); por otro, la superioridad jerárquica de la Constitución le hace imponerse sobre las normas inferiores, incluidas las preconstitucionales (criterio jerárquico). Aunque el resultado en ambos casos es el mismo (supremacía de la Constitución), procesalmente la distinción tiene su importancia. Así, la

aplicación del criterio temporal haría catalogar el conflicto entre Constitución y ley anterior como de vigencia, obligando a determinar si la ley está o no derogada; en cuanto tal juicio de vigencia, cualquier juez o tribunal puede realizarlo. Por el contrario, la aplicación del criterio jerárquico hace que el conflicto sea de validez; ello determinaría que sólo el Tribunal Constitucional pudiera enjuiciar la adecuación o no del Derecho preconstitucional a la Norma Fundamental. El Tribunal Constitucional, ante tal disyuntiva, optó por una posición intermedia haciendo coexistir ambas posibilidades.

En una de los primeros asuntos resueltos por el Tribunal, éste afirmó lo siguiente: «Así como frente a las leyes posconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad» (STC 4/81, caso Ley de Bases de Régimen Local). Esta doctrina, aunque con discrepancias en el seno del propio Tribunal, ha sido reiterada más recientemente en la STC 73/96 (caso Arts. 124 y 137 LGT).

#### b) El marco de enjuiciamiento

La inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede venir determinada tanto por motivos formales como materiales; dicho de otra manera, y aunque la distinción entre ambos conceptos sea en ocasiones difícil de realizar, la Constitución tiene mandatos tanto formales, de naturaleza procesal, como preceptos de alcance sustantivo o material. Ambos tipos de preceptos pueden justificar la impugnación de una norma con fuerza de ley y, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad. No obstante, esta idea está sujeta a algunas matizaciones.

En primer lugar, si, como resulta lógico, una norma preconstitucional debe

someterse materialmente a la Constitución ya que en otro caso se estarían produciendo efectos contrarios a la Norma Fundamental, no puede decirse lo mismo respecto de los mandatos formales o de procedimiento. En efecto, no puede pretenderse que al legislador preconstitucional se le someta a las «formas» y procedimientos establecidos en un momento posterior en el tiempo.

En segundo lugar, y siguiendo en el terreno de los vicios formales de inconstitucionalidad, hay que indicar que no cualquiera de éstos acarrea necesariamente la nulidad de la norma con fuerza de ley. En este terreno el principio de «proporcionalidad» ha de modular el efecto que en cada caso el vicio posea. Así, de un pequeño defecto en la tramitación de un proyecto de ley no puede derivarse la nulidad total de la ley que surja. Desde otra perspectiva ha de señalarse que, aunque el marco general de enjuiciamiento de las normas con fuerza de ley viene determinado, como es lógico, por la Constitución, en ocasiones, ese marco se completa con otras normas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha entendido que para valorar la existencia de vicios in procedendo en la elaboración de las leyes debe a veces acudir a los reglamentos de las Cámaras (STC 99/87, caso Medidas para la reforma de la función pública), por ejemplo.

El Tribunal Constitucional acude también a normas distintas de la Constitución para enjuiciar las leyes cuando la propia Norma Fundamental se remite a esas normas. Un ejemplo claro es el de los tratados y convenios internacionales sobre derechos fundamentales ya que el art. 10.2 de la CE toma esos tratados y convenios como elemento para la interpretación de derechos fundamentales y libertades públicas.

Otro de los casos en los que el examen de la constitucionalidad de las leyes exige acudir a normas distintas de la Constitución es el referente al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El sistema de distribución territorial de poder es muy complejo y, aunque arranca de

la Constitución, se perfecciona por los Estatutos de Autonomía y por otras normas. Este conjunto forma lo que se ha dado en llamar el «bloque de la constitucionalidad». Pues bien, cuando en un proceso constitucional se trata de determinar si una norma con fuerza de ley vulnera o no ese reparto de poder generado por el bloque de la constitucionalidad, hay que acudir, a menudo, a normas en él integradas distintas de la Constitución. La propia LOTC ha reflejado esta técnica al disponer en su art. 28.1 que «para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas».

El último de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha de acudir a normas no constitucionales para enjuiciar las normas con fuerza de ley está previsto por el art. 28.2 de la LOTC. Se trata de aquellos casos en los que existe una colisión entre ley orgánica y otras normas con fuerza de ley. Al Tribunal Constitucional, en aplicación del art. 81 de la CE, le corresponde salvaguardar el ámbito material reservado a la ley orgánica; para ello no cabe duda que deben enjuiciar las normas supuestamente invasoras de dicho ámbito a la luz de la Constitución y de las propias leyes orgánicas. Ello permite, entre otras cosas, garantizar el respeto a los Estatutos de Autonomía por parte de las leyes tanto estatales como autonómicas puesto que los Estatutos de Autonomía se aprueban mediante ley orgánica.

### 3.2. El recurso de inconstitucionalidad

Como previamente se indicó, el art. 161.1 de la CE establece el recurso de inconstitucionalidad como primer instrumento procesal para controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Procesalmente, el

recurso de inconstitucionalidad se caracteriza por tratarse de una acción jurisdiccional nacida precisamente con ese fin de controlar la adecuación a la Constitución de las normas con fuerza de ley; se trata, por tanto, de una impugnación directa de la norma. Ya se ha señalado cuáles son las normas que pueden impugnarse a través del recurso de inconstitucionalidad.

#### a) Legitimación

Están legitimados para interponer recurso de inconstitucional, según el art. 162.1 de la CE:

- El Presidente del Gobierno.
- El Defensor del Pueblo.
- Cincuenta Diputados.
- Cincuenta Senadores.
- Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas.
- Las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

La restricción de legitimación en la impugnación de normas con fuerza de ley, común a casi todos los sistemas de justicia constitucional concentrada, radica en el deseo de evitar continuas impugnaciones de las normas que se consideran elementos básicos del ordenamiento y manifestación, más o menos directa, de la voluntad general.

La legitimación reconocida en la Constitución, a pesar de ser restringida, plantea algunos problemas. La del Presidente del Gobierno supone dotarle de una facultad de evidente transcendencia, tanto en el ámbito de las relaciones Gobierno-Parlamento, como en el de reparto de poder entre Estado y Comunidades Autónomas. Es de observar que, pese a que pueda obviamente consultar al Gobierno, la decisión corresponde al Presidente individualmente considerado.

Por su parte, la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo parece que, en principio, habría de restringirse al campo de la protección de los derechos fundamentales, única tarea atribuida por el art. 54 de la CE a dicha institución. Ahora bien, no puede olvidarse que el concepto mismo de protección de los derechos fundamentales tiene un amplísimo alcance, por lo que pocas son las normas que directa o indirectamente no pueden conectarse con dicha tarea.

La legitimación que poseen cincuenta Diputados e igual número de Senadores aparece básicamente como un instrumento de protección de minorías parlamentarias frente a la acción de la mayoría; ahora bien, a la vez permite a las fuerzas políticas con la suficiente representación parlamentaria reaccionar frente a normas con fuerza de ley dictadas tanto en el ámbito estatal como en el autonómico mediante su impugnación ante el Tribunal Constitucional, proyectándose así al campo de la organización territorial del Estado.

Por lo que respecta a la legitimación reconocida a órganos autonómicos, tanto ejecutivos como legislativos, se trata de un elemento más del diseño de distribución territorial de poder, que se corresponde con la legitimación que poseen los órganos centrales para impugnar las normas con fuerza de ley dictadas en las Comunidades Autónomas. La legitimación de los órganos ejecutivos y legislativos de éstas es la que más problemas ha planteado en la práctica. Ello porque el art. 32.2 de la LOTC, al regular esa legitimación, exige que las normas con fuerza de ley del Estado que se impugnen por los citados órganos autonómicos «puedan afectar a su ámbito de autonomía». Este precepto ha sido objeto de una interpretación evolutiva, de forma que sirve como instrumento no sólo de reivindicación de competencias que pudieran verse invadidas por normas estatales con fuerza de ley, sino también de impugnación de preceptos que puedan incidir indirectamente en esas competencias o, incluso, en intereses de la Comunidad Autónoma sin dimensión competencial concreta (STC 56/90,



caso Ley Orgánica del Poder Judicial III, por ejemplo). Por último, el silencio del art. 32 de la LOTC en relación con la impugnación de normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas por las instituciones de éstas ha sido interpretado en el sentido de que no cabe ese tipo de impugnaciones; sin embargo, y a falta de jurisprudencia en la materia, doctrinalmente se ha indicado que ello podría suponer una lectura inconstitucional del art. 162.1 de la CE, máxime si se tiene en cuenta que el silencio de la LOTC es producto de un simple error técnico del legislador.

#### b) Plazo

El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la norma impugnada (art. 33 LOTC). En el caso de las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, que se publican tanto en su diario oficial como en el Boletín Oficial del Estado, es la primera publicación la que sirve como dies a quo para computar este plazo de tres meses.

#### c) Procedimiento

El recurso de inconstitucionalidad se inicia mediante el correspondiente escrito de quien posea legitimación, o de su comisionado, en el que se ha de concretar la disposición impugnada así como los motivos del recurso. El Tribunal Constitucional, admitida a trámite la demanda, da traslado el recurso al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y, en el caso de que la norma impugnada sea de una Comunidad Autónoma, a la Asamblea Legislativa y al Ejecutivo correspondientes. De los anteriores órganos, los que lo consideren oportuno, pueden personarse y formular alegaciones; a la vista del recurso y de las alegaciones, el Pleno del Tribunal Constitucional debe dictar sentencia (art. 34 LOTC).

#### d) Efectos

El art. 164 de la CE regula los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, en general, y de las que declaran la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley en concreto. Este precepto se encuentra desarrollado en los arts. 38 y ss. de la LOTC. De la compleja regulación sobre la materia, cabe destacar lo siguiente.

Desde el punto de vista temporal, las sentencia del Tribunal Constitucional despliegan sus efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 164 CE).

En segundo lugar, y por lo que se refiere a su contenido, la declaración de inconstitucionalidad supone, según el art. 39.1 de la LOTC, la «nulidad» de los preceptos afectados. Esto indica, en primer lugar, que no toda la norma debe verse afectada por la declaración de inconstitucionalidad, sino solamente aquellos preceptos de la misma que sufran el vicio de validez.

La nulidad implica que ha de considerarse que los preceptos por ella afectados nunca han formado parte del ordenamiento. Ahora bien, el art. 40 de la LOTC matiza esta idea al señalar que la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con efectos de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la norma inconstitucional salvo en un caso: que esa aplicación haya supuesto una sanción penal o administrativa que no existiría o se vería reducida como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada.

A pesar de lo rígidamente que se encuentran regulados los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, consciente de los muchos problemas que pueden plantearse tanto desde el punto de vista práctico como jurídico como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, ha flexibilizado en ocasiones los efectos, adecuándolos a las circunstancias del caso concreto, llegando, incluso, a limitar sus efectos temporalmente a partir de la

declaración de inconstitucionalidad (STC 45/89, caso I.R.P.F.), o permitiendo que la norma inconstitucional siga vigente hasta que otra norma válida la desplace (STC 195/1998, caso Marismas de Santoña y Noja ); en este supuesto, se trataba de una norma estatal inconstitucional, no por motivos materiales sino por falta de competencia, y lo que se buscó fue, básicamente, evitar un vacío normativo que hiciera que España incurriera en responsabilidad internacional.

Junto a los anteriores efectos, la Constitución y la LOTC recogen otros principios predicables de las sentencias del Tribunal Constitucional que tienen como finalidad hacer realidad el principio de que el Tribunal Constitucional es el «supremo intérprete de la Constitución». Así, se establece que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad «tienen plenos efectos frente a todos» (art. 164.1 C.E.) y «vincularán a todos los poderes públicos» (art. 38.1 LOTC). Ello implica otorgar unos especiales efectos a las resoluciones del Tribunal; esos efectos suponen que su doctrina ha de informar la actividad de todos los poderes públicos.

Hay que señalar, asimismo, que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser recurridas en al ámbito interno y crean cosa juzgada. En consecuencia, resuelto un asunto por el Tribunal, no puede volver a plantearse ante él. Otra cosa es que problemas similares sí puedan reproducirse ante el Tribunal Constitucional, permitiéndose así a éste actualizar su doctrina e ir adecuando la interpretación constitucional al momento histórico.

### 3.3. La cuestión de inconstitucionalidad

El segundo instrumento procesal a través del cual es posible controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es la cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión representa un complemento del recurso; éste, como se ha visto, hace posible un control directo de la norma; la cuestión, en cambio, permite reaccionar contra la inconstitucionalidad de

una norma con fuerza de ley a través de su aplicación concreta. El art. 163 de la CE dispone: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

La cuestión de inconstitucionalidad sirve, pues, como instrumento que permite reaccionar ante cualquier inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley sin necesidad de la intervención de quien está legitimado para interponer el recurso directo; pero, a la vez, hace posible no abrir la legitimación para recurrir normas con fuerza de ley a cualquier persona. Los órganos judiciales actúan como «filtro» para hacer llegar al Tribunal Constitucional las quejas de constitucionalidad que posean un mínimo de fundamento y que tengan una dimensión concreta y efectiva.

#### a) Requisitos

Como se desprende el art. 163 de la CE, cualquier órgano judicial puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No obstante, ese planteamiento no depende de la simple voluntad del titular o titulares del órgano judicial, sino que deben cumplirse determinados requisitos.

En primer lugar, la duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley ha de surgir en el seno de un procedimiento del que conozca el órgano judicial, bien planteada por éste o por alguna de las partes en ese procedimiento (art. 35.1 LOTC).

En segundo lugar, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no basta con el simple surgimiento de la duda; ésta tiene que ser relevante para la decisión del proceso en que se plantea, de manera que esa decisión dependa realmente de la regularidad o no de la norma cuestionada.

Por último, la duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley debe estar suficientemente fundada y motivada por el órgano judicial que eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

#### b) Procedimiento

La duda sobre la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede surgir en cualquier proceso que se siga ante un órgano jurisdiccional, sea cual sea el orden o jurisdicción. Al órgano judicial le corresponde controlar que se cumplen los requisitos legalmente exigidos: relevancia de la cuestión para el fallo y fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad. Si estos requisitos no se cumplen, el órgano judicial ha de rechazar el planteamiento de la cuestión. Aún más, el órgano judicial, constatado el cumplimiento de estos requisitos, debe analizar la duda planteada con el fin de determinar si, por vía interpretativa, es salvable la contradicción entre norma con fuerza de ley y Constitución (art. 5.3 LOPJ);

El planteamiento se lleva a cabo mediante auto, y una vez oídas las partes personadas en el proceso judicial y el Ministerio Fiscal. En dicho auto han de concretarse la norma cuestionada y los motivos por los que el órgano judicial estima que puede ser contraria a la Constitución. El planteamiento de la cuestión sólo debe realizarse una vez concluido el procedimiento y antes de adoptar la resolución pertinente (art. 35.2 LOTC); a pesar de que este precepto se refiere exclusivamente a aquellos procedimientos que finalizan por sentencia, el Tribunal Constitucional ha entendido que la cuestión puede plantearse también ante decisiones judiciales que adopten otra forma (auto o providencia) por tratarse de dudas que surjan en procedimientos incidentales. La exigencia de esperar a que el correspondiente procedimiento se encuentre concluido tiene una doble finalidad: por un lado se trata de evitar que la cuestión de inconstitucionalidad sea utilizada con fines exclusivamente dilatorios; por otro, sólo estando concluido el procedimiento puede valorarse realmente la relevancia de la norma cuestionada para el fallo.

En el caso de que el órgano judicial estime que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, su resolución no puede recurrirse, si bien puede volverse a suscitar la duda en posteriores instancias jurisdiccionales.

Planteada la cuestión ante el Tribunal Constitucional se cierra la primera fase de la cuestión de inconstitucionalidad, la que se desarrolla en el proceso a quo, que es en el que la duda surge. A partir de ese momento, se abre el proceso constitucional propiamente dicho (proceso ad quem), en el que se decide sobre la validez de la norma cuestionada. Este proceso se desarrolla totalmente ante el Tribunal Constitucional y en él ni siquiera participan quienes son parte en el proceso a quo. No obstante, sus alegaciones constan ya que se remiten junto con el auto de planteamiento de la cuestión. En todo caso, esta exclusión de las partes del proceso a quo en el proceso constitucional ha sido puesta en entredicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos por lo que se refiere a aquellos casos en los que se enjuicien normas con fuerza de ley de tipo singular (STEDH Ruiz Mateos —1993—).

El Tribunal Constitucional realiza, en primer lugar, un control del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para el planteamiento de la cuestión: relevancia para el fallo y fundamentación suficiente. Este control ha de ser somero por cuanto tanto la fundamentación como, sobre todo, la relevancia de la cuestión corresponde valorarla a los órganos promotores; el rechazo de la cuestión por parte del Tribunal Constitucional basándose en la falta de relevancia sólo es posible ante supuestos extraordinarios donde el defecto es absolutamente manifiesto. Respecto de la falta de fundamento, es posible un mayor margen de actuación del Tribunal Constitucional para poder rechazar en trámite de admisión aquellas cuestiones que, aunque no sean manifiestamente arbitrarias, poseen una fundamentación que puede rebatirse fácilmente salvando la constitucionalidad de la norma. En los casos de inadmisión de la cuestión, la decisión se adopta mediante auto, oído el Fiscal General del Estado (art.

### 37.1 LOTC).

Admitida la cuestión a trámite, el procedimiento a seguir es similar al del recurso de inconstitucionalidad. Se da traslado al Fiscal General del Estado, a las Cámaras, al Gobierno y, en su caso, a los ejecutivos y legislativos de la Comunidad Autónoma que hubiera dictado la norma cuestionada para que se personen y formulen alegaciones si lo estiman conveniente. Oídas las partes, el Pleno del Tribunal Constitucional dicta sentencia pronunciándose sobre la constitucionalidad o no de la norma cuestionada. Al margen de los efectos generales que todas las sentencias de control de constitucionalidad de normas con fuerza de ley poseen, en las cuestiones el Tribunal Constitucional ha de notificar su decisión al juez o tribunal que planteó la cuestión para que resuelva en consecuencia el proceso a quo.

#### c) Las «autocuestiones» de inconstitucionalidad.

Existen en la LOTC dos previsiones que permiten que sea el propio Tribunal Constitucional el que se plantee la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley (de ahí los nombres de «autocuestión» o «cuestión interna de inconstitucionalidad» con los que se conoce a esta institución); se trata de los arts. 55.2 y 75.quince.6 de la LOTC.

Según el art. 55.2 de la LOTC, en aquellos casos en los que el Tribunal, conociendo de un recurso de amparo, aprecie que la lesión de un derecho fundamental procede de una norma con fuerza de ley contraria a la Constitución, la Sala, a la vez que resuelve el amparo, debe plantear la posible inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley ante el Pleno para que éste, si así lo decide, declare la inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley.

Como se ve, el mecanismo es similar al de las cuestiones de inconstitucionalidad con sólo dos particularidades:

- El órgano que promueve la cuestión es el propio Tribunal Constitucional, generalmente alguna de las Salas.
- El proceso en el que surge la duda sobre la regularidad de la norma con fuerza de ley (recurso de amparo) se resuelve sin necesidad de esperar la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional sobre la regularidad de la ley cuestionada.
- El Tribunal Constitucional ha indicado que cuenta con mayor flexibilidad que los jueces y tribunales ordinarios, para decidir el planteamiento de la cuestión (STC 149/00, caso Art. 21.2 de la LOREG).

El procedimiento que se sigue para resolver las «autocuestiones» de inconstitucionalidad es el mismo previsto para las cuestiones (art. 55.2 in fine LOTC).

Por lo que respecta a la segunda «autocuestión», ésta se encuentra regulada en el capítulo dedicado a los conflictos en defensa de la autonomía local; el mecanismo se parece al anterior por cuanto se trata de que, apreciada una lesión de la autonomía local imputable a una norma con fuerza de ley, la inconstitucionalidad de ésta debe declararse en otro procedimiento, que se tramita, también, como las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 75,quinque.6 LOTC). La diferencia básica respecto del otro supuesto de autocuestión, a parte del motivo en que se fundan, está en que en este caso la autocuestión la suscita el Pleno del Tribunal Constitucional ante sí mismo.

### 3.4. El control previo de tratados internacionales

Aunque no se pida expresamente en el tema, conviene abordar, por no dejar incompleto la exposición, el tercer instrumento procesal que existe para controlar la constitucionalidad de normas con fuerza de ley es el control previo de tratados internacionales. Como fácilmente se deduce de su denominación, la característica más importante de esta técnica de



control de constitucionalidad radica en el hecho de que la fiscalización se produce antes de la entrada en vigor de la norma.

#### a) Objeto

Cuando se aprobó la LOTC, su Título VI preveía la posibilidad de interponer recurso previo de inconstitucionalidad contra tres tipos de normas en estado aún de proyecto:

- Tratados internacionales.
- Estatutos de Autonomía.
- Leyes orgánicas.

No obstante, la LO 4/1985 modificó dicha regulación al derogar el art. 79 de la LOTC, de forma que, en la actualidad, sólo los tratados internacionales, cuyo texto esté definitivamente fijado pero a los que el Estado aún no haya prestado su consentimiento, son susceptibles de control previo (arts. 95.2 CE y 78 LOTC). La razón de ser de la reducción del ámbito del control previo radica en el efecto retardatario de la entrada en vigor de las normas ya aprobadas que tenía la interposición del recurso. Sin embargo, el control previo de tratados internacionales se justifica en buena medida por permitir compaginar la supremacía constitucional con la responsabilidad internacional del Estado, ya que impide contraer con otros sujetos de Derecho Internacional compromisos que sean contrarios a la Norma Fundamental.

El control previo de tratados posee una configuración particular, distinta del resto de los procesos constitucionales. Ello es así porque su objeto no es, o no tiene porqué ser, exactamente impugnatorio; más bien es de naturaleza consultiva puesto que de lo que se trata es de comprobar si existe obstáculo constitucional a la prestación del consentimiento a un tratado internacional, aunque la decisión sea vinculante. En dicho juicio, en todo caso, el Tribunal Constitucional, como en el resto de sus competencias,

actúa sometido exclusivamente a la Constitución (DTC de 1 de julio de 1992, caso Tratado de la Unión Europea).

#### b) Legitimación

Solamente el Gobierno o alguna de las Cámaras, de acuerdo con lo establecido en sus Reglamentos, pueden instar dicho control mediante el correspondiente requerimiento (art. 78.1 LOTC).

#### c) Procedimiento

Realizado el requerimiento, se da traslado de éste al resto de los órganos legitimados para que efectúen alegaciones; oídos el Gobierno y las Cámaras, el Tribunal Constitucional dicta la correspondiente resolución (art. 78.2 LOTC), que adopta la forma de «declaración» y no de sentencia.

#### d) Efectos

El sentido del control previo de inconstitucionalidad, como se ha visto, es evitar que un tratado internacional contrario a la Constitución entre en vigor. Dicha entrada en vigor significaría no sólo la presencia en el ordenamiento interno de una norma inconstitucional, sino también la adquisición de compromisos externos que resulten opuestos al orden jurídico fundamental. La apreciación de oposición entre Constitución y tratado supone bien la necesidad de modificar la norma fundamental (art. 95.1 CE), bien la no prestación de consentimiento por parte del Estado. Conviene recordar que la existencia del control previo no excluye la posibilidad de impugnación de tratados internacionales a posteriori, a través del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que la declaración produzca efectos de cosa juzgada.

Los demás procedimientos y competencias del Tribunal Constitucional no

tienen por objeto el control de la constitucionalidad de las leyes y no son objeto de este tema, sin embargo se indican a continuación:

- Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido por el bloque de la constitucionalidad.
- Los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales.
- La impugnación por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones y resoluciones de rango infralegal adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas que considere inconstitucionales
- Los conflictos en defensa de la autonomía local.

### 3.5. El recurso de amparo.

El art. 53.2 de la CE señala que los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución, así como la objeción de conciencia, son protegibles, además de por el amparo judicial, a través del amparo constitucional. El amparo constitucional se configura, pues, como una garantía específica más de los derechos fundamentales. Es un instrumento más, el último en el ámbito nacional, de reacción frente a una posible vulneración de un derecho fundamental. De este rasgo reactivo frente a las vulneraciones concretas de derechos fundamentales proviene su carácter de garantía específica.

La característica más específica del recurso de amparo constitucional deriva, precisamente, del órgano ante el que se residencia: a diferencia del amparo judicial, que, como se vio, se insta de los órganos jurisdiccionales ordinarios, el amparo constitucional se solicita, precisamente, del Tribunal Constitucional. De ahí —más, incluso, que del carácter evidentemente constitucional de los derechos cuya protección canaliza— proviene su nombre, y de ahí, también, derivan sus características más distintivas, que lo singularizan respecto de los demás recursos.

El amparo constitucional es, pues, un recurso por el que se solicita del Tribunal Constitucional la preservación o, en su caso, restablecimiento de

un derecho fundamental que se reputa conculcado. Se configura, pues, como último recurso para evitar la vulneración de derechos fundamentales o, si ya se ha producido repararla.

#### b) Función

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

Esta función del amparo constitucional ha quedado plasmada en el art. 5.1 de la LOPJ, cuando señala que «los jueces y tribunales ..... interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Por otra parte, el amparo constitucional cumple aún una última función, en consonancia con la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. Los recursos de amparo constitucional que ante él se sustancian permiten que el Tribunal Constitucional realice esa labor interpretativa y defina el alcance y significado exacto de los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, un alcance y significado que, como se ha visto, deben informar la interpretación y aplicación que de las leyes y los Reglamentos realicen los órganos jurisdiccionales ordinarios.

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

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

Por último, el objeto limitado del recurso predetermina, también, la resolución del Tribunal Constitucional, pues éste, en caso de otorgar el amparo, deberá limitarse a lo previsto en el art. 55.1 de la LOTC; esto es, habrá de reducirse a declarar la nulidad del acto o resolución que vulneró el derecho fundamental, a reconocer éste último y a restablecer al recurrente en su derecho. (Esta materia se trata en el Tema 3).

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-Tesorero y Secretario-interventor de la Administración local

#### Bibliografía

Pablo Pérez Tremps (en colaboración) Derecho Constitucional, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

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

# **9. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA. EL PODER JUDICIAL. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. EL TRIBUNAL SUPREMO. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. EL MINISTERIO FISCAL.**

## TEMA 9

La regulación constitucional de la justicia. El poder judicial. El Consejo General del Poder Judicial: organización y competencias. El Tribunal Supremo. Los tribunales superiores de justicia. El Ministerio Fiscal.

## ÍNDICE

1. La regulación constitucional de la Justicia. El poder judicial.
2. El Consejo General del Poder Judicial: organización y competencias.
  - 2.1 Organización..
  - 2.2. Competencias.
3. El Tribunal Supremo.
  - 3.1. Previo: La organización del Supremo y demás Tribunales
  - 3.2. El Tribunal Supremo: Organización y planta.
  - 3.3. Competencia de las Salas del Tribunal Supremo.
    - 3.3.1. Sala Primera de lo Civil.
    - 3.3.2. Sala Segunda de lo Penal.
    - 3.3.3. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.
    - 3.3.4. Sala Cuarta de lo Social.
    - 3.3.5. Sala Quinta de lo militar.
    - 3.3.5. Sala del art. 61 LOPJ.
4. Los tribunales superiores de justicia.
  - 4.1. Fundamento constitucional y creación.
  - 4.2. Sede
  - 4.3. Composición.
  - 4.4. Atribuciones de las Salas.
    - 4.4.1. Sala de lo Civil
    - 4.4.2. Sala de lo Contencioso Administrativo.
    - 4.4.3. Sala de lo Social.

- 5. El Ministerio Fiscal.
  - 5.1. Concepto y posición constitucional
  - 5.2. Organización.
    - 5.2.1 Unidad.
    - 5.2.2. Dependencia jerárquica.
  - 5.3. Funciones.

### **1. La regulación constitucional de la Justicia. El poder judicial**

El Título VI de la Constitución (artículos 117 a 127) se denomina “el Poder Judicial” (por esto dedicamos un único apartado a las aparentes dos cuestiones planteadas en el tema). La definición de nuestro Estado como “social y democrático de Derecho” (Artículo. 1. 1 CE) implica el “imperio de la Ley”, como expresión de la soberanía popular, que sujeta a todos por igual, “la división clásica de los Poderes”, con el propósito de limitarse mutuamente según propugnaba Montesquieu, y “la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos”.

Por eso, el Poder Judicial se establece para asegurar el cumplimiento de la Ley por todos, por los simples ciudadanos y, también, por los que desempeñan funciones dentro de los otros dos grandes Poderes del Estado, para garantizar que éstos actúan dentro de los límites que la Constitución ha determinado, y para tutelar efectivamente los derechos e intereses legítimos amparados desde la Ley de Leyes.

Se suele señalar, en la doctrina, que frente al Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial son secundarios; el primero crea las Leyes y los otros dos las ejecutan o las hacen cumplir. Pero, entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, hay diferencias: La Administración aplica las Normas tanto para sí como para los ciudadanos; los Jueces no las aplican para sí sino para las relaciones entre



particulares, para resolver los conflictos producidos: Sus Sentencias son, así, mandatos individualizados y concretos, frente a las Normas, en sentido amplio, que son generales y abstractas, ajenas a las situaciones concretas.

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey” (Artículo 117.1 CE), lo cual es congruente con un sistema constitucional en el cual el pilar básico fue establecido por la “soberanía del pueblo español” (artículo. 2 CE) a través de un Referéndum Nacional, el 6 de diciembre de 1978, y en el cual la potestad legislativa corresponde a las Cortes Generales que “representan al pueblo español” (Artículos. 66.1 y 2 CE). En consecuencia, el pueblo, a través del órgano constitucional que lo representa, se da a sí mismo las Leyes, y, a través del Poder Judicial, hace que se cumplan esas mismas Leyes y que sean sancionados quienes las contravengan.

El poder Judicial descansa sobre estos principios:

a. Exclusividad jurisdiccional:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales” (Art. 117.3). Estos, en una perspectiva negativa de este principio, “no ejercerán más funciones que las señaladas” o “las que expresamente les sean atribuidas por la Ley en garantía de cualquier derecho” (Artículo. 117.4). Positivamente, ningún otro Poder del Estado puede ejercer la función jurisdiccional. Ni siquiera el Legislativo, ni a través de las Comisiones de Investigación: Éstas nunca pueden condicionar la actuación de los Tribunales (Artículo 76 CE).

b. Unidad jurisdiccional.

Es “la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales” (Artículo 117.5). La jurisdicción es única, pero, atendiendo al objeto de que han de conocer los Jueces, se suele hablar de distintas Jurisdicciones: Civil, relativa a las relaciones de Derecho Privado, entre particulares; Penal, concerniente a los delitos y su sanción; Contencioso-administrativa, sobre la legalidad de la actuación de la Administración Pública; y Social, fundamentalmente referida a las cuestiones de lo Laboral y de la Seguridad Social.

Hoy no puede hablarse, como en el anterior Régimen, de una Jurisdicción Militar aislada, pues aun especial y “circunscrita al ámbito estrictamente castrense” (Artículo. 117.5 CE), ve su organización coronada por la Sala V del Tribunal Supremo, que puede revisar los fallos de los Tribunales militares (L.O. 4/1987, de 15 de julio). Tampoco están ya permitidos los “Tribunales de excepción” (Artículo. 117.6) ni los “Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales” (Artículo. 26 CE). El Tribunal de Cuentas desempeña alguna función que puede ser considerada jurisdiccional: El “enjuiciamiento contable” respecto de quienes manejen “bienes caudales o efectos públicos” en las distintas Administraciones; pero, aunque esto permite hablar de una “Jurisdicción Contable”, tampoco rompe la esencia de la unidad jurisdiccional pues el Tribunal Supremo puede revisar también sus pronunciamientos a través de su Sala III (Ley 7/1988, de 5 de abril). En cuestiones de constitucionalidad, el TC es el supremo intérprete; por ello, es objeto de estudio separado. Por último, el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, aludido en otro lugar, es el órgano jurisdiccional común para la aplicación estrictamente del Derecho Comunitario; y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre viene a constituir una última instancia para los ciudadanos de los países que ratifican voluntariamente la Convención Europea.

### c. Independencia

Los Jueces y Magistrados son “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley” (Artículo 117.1 CE). Esa “dependencia” tiene un aspecto “externo” (frente a las intromisiones de otros Poderes) y otro “interno” (independencia de cada órgano judicial frente a los demás) y, ligada a la “inamovilidad”, ve su refuerzo en la imposibilidad (Artículo 117.2) de ser los Jueces y Magistrados “separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley (hoy, la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, que desarrolla este Título VI).

### d. Incompatibilidad

“Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos “ (Artículo 127.1 CE) si bien podrán incorporarse a sus Asociaciones Profesionales (las principales hoy son la Asociación Profesional de la Magistratura, la “Francisco de Vitoria”, la de “Jueces para la Democracia”, etc). Tampoco pueden ejercer su función en asuntos en que estén implicados determinados parientes.

### e. Responsabilidad

Este principio, también deducido del Artículo. 117.1 CE, se proyecta en la posible derivación de la responsabilidad personal de los actos o decisiones de los Jueces, tanto en el orden penal, como en el civil y en el propio disciplinario. Y ello con independencia de la responsabilidad subsidiaria del Estado por “los

daños causados por error judicial” o “como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia” (Artículo 121 CE).

El art. 122 de la CE remite a una Ley orgánica del poder judicial la determinación de los Juzgados y Tribunales y del órgano de gobierno del poder judicial, mandota que se hizo efectivo con la LOPJ 6/1985, de 1 de julio. Las grandes líneas de la Ley están expresadas en su título preliminar. Se recogen en él los principios que se consagran en la Constitución . El primero de ellos es la independencia, que constituye la característica esencial del Poder Judicial en cuanto tal. Sus exigencias se desenvuelven a través de mandatos concretos que delimitan con el rigor preciso su exacto contenido. Así, se precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley.

De la forma en que la Ley Orgánica regula la independencia del Poder Judicial se puede afirmar que posee una característica: Su plenitud. Plenitud que se deriva de la obligación que se impone a los poderes públicos y a los particulares de respetar la independencia del Poder Judicial y de la absoluta sustracción del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a toda posible interferencia que parta de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía -constitucionalmente reconocida- de inamovilidad se añade una regulación, en virtud de la cual se excluye toda competencia del Poder Ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos. En lo sucesivo, pues, la carrera profesional de Jueces y Magistrados estará plena y

regladamente gobernada por la norma o dependerá, con exclusividad absoluta, de las decisiones que en el ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte el Consejo General del Poder Judicial.

La importancia que la plenitud de la independencia judicial tendrá en nuestro ordenamiento debe ser valorada completándola con el carácter de totalidad con que la Ley dota a la potestad jurisdiccional. Los Tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del Poder Ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un Poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la ley. Habrá que convenir que el Estado de Derecho proclamado en la Constitución alcanza, como organización regida por la ley que expresa la voluntad popular y como sistema en el que el gobierno de los hombres es sustituido por el imperio de la ley, la máxima potencialidad posible.

Corolarios de la independencia judicial son otros preceptos del título preliminar que concretan sus distintas perspectivas. Así, la unidad de la jurisdicción, que, en consecuencia con el mandato constitucional, es absoluta, con la única salvedad de la competencia de la jurisdicción militar, que queda limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la ley y a los supuestos de estado de sitio; la facultad que se reconoce a Jueces y Tribunales de requerir la colaboración de particulares y poderes públicos; y, en fin, la regulación del procedimiento y de las garantías en él previstas, para los supuestos de expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme.

Por otro lado, el Título preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del art. 9.1 de la CE, disponiendo que las

leyes y reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional. Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos.

Además, se dispone que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental, y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema.

El valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento se manifiesta, también, en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación y se menciona expresamente la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, haciéndose explícita protección del contenido esencial que salvaguarda la Constitución.

Otros preceptos constitucionales completan y caracterizan el régimen de la justicia en España:

A) Deber de cumplimiento de las sentencias y de colaboración

Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo

resuelto.

**B) Justicia gratuita.**

Artículo 119. La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

**C) Normas del procedimiento judicial: público y oral**

Artículo 120.1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento.

2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

**D) Responsabilidad patrimonial**

Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.

**E) Participación de los ciudadanos en la justicia**

Artículo 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

**F) Policía judicial.**

Artículo 126. La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

**G) Estatuto de los Jueces y Magistrados.**

Artículo 127.1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni

pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.

2. La Ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

Por último, los arts. 122, 123 y 124 CE regulan los órganos e instituciones que son objeto de los siguientes apartados.

## **2. El Consejo General del Poder Judicial: organización y competencias.**

La existencia del Consejo General del Poder Judicial se recoge, como se ha avanzado, en el artículo 122 CE en los siguientes términos: “2. El Consejo General de Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La Ley orgánica (del poder judicial) establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”.

Y el apartado 3 se refiere a su composición: “3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.



## **2.1. Organización.**

La Constitución, para garantizar el derecho de los ciudadanos a un juez imparcial, otorga a los integrantes del poder judicial una absoluta independencia en la adopción de sus decisiones y le somete exclusivamente, a tal efecto, al imperio de la ley. Para asegurar esa independencia se confieren a los miembros del poder judicial unas completas garantías que, en su conjunto, configuran el estatuto de jueces y magistrados. Ahora bien, todas estas garantías podrían verse vulneradas si la situación personal o profesional de jueces o magistrados, o el futuro profesional de los mismos, dependiese de un poder ajeno al judicial: en tal caso, quien pudiera modificar dichas situaciones podría, también, influir en las decisiones de los jueces y magistrados. Esto es especialmente aplicable en dos supuestos concretos, la potestad disciplinaria y el régimen de ascensos: mediante el ejercicio torticero de la primera se podría amenazar o, en su caso, sancionar a los jueces y magistrados no dúctiles al deseo del poder; mediante el control de los segundos podría obtenerse que quienes legítimamente ambicionan prosperar profesionalmente adoptasen, para conseguirlo, resoluciones no perjudiciales para el poder.

### **a) El Consejo General del Poder Judicial. Composición y designación.**

A fin de evitar este problema, la Constitución diseña un órgano específico, el Consejo General del Poder Judicial, al que otorga la función de gobernar este poder. Se trata de una solución inspirada en otros países, especialmente Italia y Francia. La LOPJ, además, atribuye competencias de gobierno del poder judicial a distintos órganos de éste. De esta suerte, el gobierno del poder judicial queda sustraído a toda posible influencia de los otros dos poderes, pues reside o en el propio poder judicial o en un órgano específico rodeado, a

su vez, de notables garantías.

Por lo que se refiere a su composición, la Constitución señala que el CGPJ tendrá veintiún miembros, y prescribe que doce de ellos deben ser elegidos «entre jueces y magistrados de todas las categorías en los términos que establezca una Ley Orgánica».

La LOPJ 6/85 fue modificada por la LO 2/2001 para establecer que los candidatos a ocupar los 12 puestos reservados a jueces y magistrados fueran presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 por 100 de todos los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que pueden presentarse con las firmas de Jueces y Magistrados se ajusta a criterios estrictos de proporcionalita previstos en la LOPJ.

Entre los treinta y seis candidatos presentados, conforme a lo dispuesto en el número anterior, se eligen en primer lugar seis Vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos seis Vocales, el Senado elegirá los otros seis entre los treinta candidatos restantes.

Los restantes ocho miembros que igualmente han de integrar el Consejo, elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, son propuestos para su nombramiento por el Rey entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, que no sean miembros del Consejo saliente ni presten servicios en los órganos técnicos del mismo.

El Pleno de cada Cámara elige a cuatro Vocales, por mayoría de otros seis Vocales e inmediatamente a continuación de ésta.

La imposibilidad de remover a los miembros del CGPJ antes de la conclusión de su mandato, que dura cinco años, y la prohibición de que sean reelegidos elimina toda posible influencia sobre ellos, con independencia de su extracción parlamentaria, lógicamente condicionada por la existencia de mayorías y minorías; por lo demás, la capacidad de actuación de la mayoría parlamentaria al respecto está considerablemente reducida por el requisito — en parte exigido por la Constitución, en parte impuesto por la LOPJ— de que sean elegidos por tres quintos de las Cámaras lo que, verosímilmente, impedirá la imposición de la voluntad de un solo partido.

En fin, el hecho de que el mandato de los miembros del CGPJ sea de cinco años evita su coincidencia con la legislatura, lo que relativiza la trascendencia de la fuente parlamentaria de la elección, toda vez que el CGPJ tendrá que coincidir, en todo caso, con al menos una legislatura distinta de la que le eligió.

Una vez nombrados, los veinte vocales del CGPJ eligen por mayoría de tres quintos —esto es, por un mínimo de 12 votos— al Presidente del Tribunal Supremo. La Constitución remite a la ley los requisitos que éste debe reunir (art. 123.2 CE) y la LOPJ exige que sea elegido entre jueces o juristas de reconocida competencia con más de quince años de antigüedad en la carrera o en el ejercicio de la profesión. El Presidente del Tribunal Supremo preside, a su vez, el CGPJ, y es el único miembro de éste que puede ser reelegido por una sola vez (art. 123 LOPJ).

La Constitución señala que el CGPJ es el «órgano de gobierno» del poder judicial; de gobierno, no de autogobierno. La Constitución no reconoce, pues, al poder judicial una facultad de autogobernarse, esto es, de elegir a sus

propios gobernantes y al órgano que elabore las disposiciones que les afectan. Lo que si hace es atribuir el gobierno del poder judicial a un órgano ajeno al legislativo y al ejecutivo y caracterizado por una fuerte presencia judicial. Consecuentemente con esta opción, la Constitución misma reserva para el órgano de gobierno que crea aquellas funciones cuyo ejercicio puede repercutir en la independencia judicial.

#### b) Organización

El Consejo General del Poder Judicial se articula en los siguientes órganos:

- Presidente.
- Vicepresidente.
- Pleno.
- Comisión Permanente.
- Comisión Disciplinaria.
- Comisión de Calificación.

Reglamentariamente se podrán establecer las Comisiones y Delegaciones que se estimen oportunas.

## **2.2. Competencias**

Las funciones del CGPJ son de muy diversa índole. Así, participa en la designación de miembros de otros órganos constitucionales, como el Tribunal Constitucional, designando dos de sus miembros —arts. 159.1 de la CE—, evacua informes sobre otros nombramientos, como el del Fiscal General del Estado, aprueba una memoria anual y emite informes sobre determinados anteproyectos de leyes o de disposiciones generales (arts. 107, 108 y 127 LOPJ).

Pero el núcleo funcional que justifica la existencia del CGPJ y que, por tanto,

constituye el grueso de sus competencias, comprende aquellas funciones que pueden influir en la independencia judicial, y está reservado el CGPJ por la propia Constitución. Esta define al CGPJ como órgano de gobierno. Pero esta atribución de funciones de gobierno se ve complementada con una composición que es más propia de un órgano deliberante que de uno ejecutivo, puesto que no tiende a la configuración de un órgano de dirección política —caracterizado, por tanto, por la unidad de dirección y la responsabilidad solidaria de sus miembros— sino a la de un órgano de representación, en el que conviven mayoría y minorías.

Además, la definición de la expresión «gobierno» en el ámbito judicial presenta alguna singularidad. Por una parte, el «gobierno» no puede referirse a las actuaciones de carácter jurisdiccional, pues ya se vio que en este ámbito está excluida toda instrucción general o particular; por otro lado, la LOPJ atribuye al Gobierno de la Nación las competencias relativas a los medios personales en cuanto a quienes no son jueces y magistrados, así como todas las referentes a los medios materiales, competencias que pueden ser transferidas a las Comunidades Autónomas. Por tanto, el «gobierno del CGPJ» queda constreñido, en el terreno personal, a las actuaciones de carácter no jurisdiccional —esto es, puramente administrativas— respecto de los órganos judiciales y a las situaciones personales de los titulares de los mismos; y, en el ámbito de los medios materiales, a la elaboración de una relación circunstanciada de necesidades que se ha de elevar anualmente al Gobierno a través del Ministerio de Justicia —art. 37.2 LOPJ—. Ambas cosas, y especialmente esta última, suponen una disposición de medios limitados y una selección entre distintas opciones posibles y, por lo tanto, una asignación de prioridades.

El ámbito competencial básico del CGPJ, el núcleo de sus funciones, tiene sus contornos, pues, delimitados por aquellas facultades que, por implicar el

ejercicio de la potestad sancionadora, o por incidir en la situación administrativa del juez o influir sobre sus expectativas profesionales, pueden envolver una represalia o un condicionamiento de su actitud en el ejercicio de la función jurisdiccional, repercutiendo, por tanto, sobre la independencia judicial. De ahí que la Constitución atribuya al CGPJ las funciones relacionadas con el poder judicial «en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.» La consecuencia de ello es que el CGPJ ostenta, respecto de jueces y magistrados, la competencia exclusiva en relación con:

- Selección, formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados.
- Nombramientos de jueces y magistrados.
- Ascensos de los mismos. De acuerdo con el diseño de la LOPJ, el régimen de ascensos es estrictamente reglado —esto es, carente de intervención de ningún órgano, ni siquiera el CGPJ— en no pocos tramos de la carrera judicial, que se resuelven por concurso a favor de quienes ostentan mejor puesto en el escalafón. Existen, sin embargo, ciertos puestos, como los de magistrado del Tribunal Supremo o Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia o de Audiencias Provinciales, que son ocupados por quiénes, reuniendo los requisitos legalmente exigidos, sean designados por el CGPJ (arts. 127 y 326 a 347 LOPJ). De esta forma, jueces y magistrados saben que su carrera se regirá, en su mayor parte, por el automatismo legalmente previsto; solo ciertos y contados puestos —como los Presidentes de Tribunales y Audiencias y los magistrados del Tribunal Supremo— son cubiertos por designación que, además, corresponde a un órgano ajeno a los poderes legislativo y ejecutivo.
- También es competencia del CGPJ la inspección y vigilancia de los juzgados y tribunales, que se orienta a comprobar y controlar el funcionamiento de la Administración de justicia (arts. 127.3 y 171 a 177 LOPJ).
- El gobierno del poder judicial incluye, asimismo, el ejercicio de las competencias relativas a las situaciones administrativas —activo, servicios

especiales, excedencia, licencias y permisos, etc. — de jueces y magistrados (arts. 107.4 y 348 a 377 LOPJ).

– Por último, el CGPJ ostenta la potestad disciplinaria para las sanciones de mayor gravedad: es el único órgano competente para imponer a los integrantes del poder judicial las sanciones de traslado forzoso, suspensión y separación. La LOPJ prevé, a tales efectos, las faltas —que pueden ser leves, graves o muy graves— y las sanciones correlativas, que oscilan desde la advertencia a la separación del servicio (arts. 107.4 y 414 a 427 LOPJ). La competencia para la imposición de las sanciones más graves, el traslado forzoso y la separación, corresponde al Pleno del CGPJ, y para las demás son competentes la Comisión Disciplinaria del propio órgano (arts. 127.9, 133 y 421 LOPJ) o los demás órganos de gobierno del poder judicial. El problema que plantea el ejercicio de la potestad disciplinaria es, precisamente, el suscitado por la totalidad de la potestad jurisdiccional, que implica que los actos del CGPJ —y, por consiguiente, también sus resoluciones sancionadoras— son revisables por los órganos jurisdiccionales correspondientes, lo que da lugar a la paradoja de que los gobernados —jueces y magistrados— enjuicien y, en su caso, revisen los actos de sus gobernantes. Además, corresponde al CGPJ el núcleo de las competencias relativas al proceso de selección de jueces y magistrados.

Como se anticipó, el Consejo General del Poder Judicial no es políticamente responsable de su gestión: sus miembros —Presidente incluido— no pueden ser removidos de su cargo antes de la finalización de su mandato; ningún órgano puede, por tanto, exigirles responsabilidad política. El Consejo General del Poder Judicial está, sin embargo, sometido a un cierto control por parte de las Cortes Generales, a las que debe elevar anualmente una Memoria —distinta de la relación circunstanciada de necesidades que remite al Gobierno— sobre el estado, actividades y funcionamiento del propio Consejo y de los

juzgados y tribunales (Art. 109.1 LOPJ). Las Cámaras pueden debatir la Memoria, solicitar la comparecencia del Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, adoptar resoluciones (Arts. 201 RC y 183 RS).

### **3. El Tribunal Supremo.**

#### **3.1. Previo: La organización del Supremo y demás Tribunales**

El Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencia (órganos colegiados) se organizan en Salas de Justicia, que son el verdadero órgano jurisdiccional, no el tribunal que es el conjunto administrativo de organización, sino que lo son sus Salas. Así, la LOPJ establece que el Tribunal Supremo está integrado por Salas (art. 55) y luego regula la competencia de cada una de ellas (arts. 56 a 61), y ello se repite para la Audiencia Nacional (arts. 64 a 69) y para los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 72 a 78). En cambio, respecto de las Audiencias Provinciales la competencia a la misma Audiencia, no a las Salas (art. 82).

A su vez, en las Salas de los tribunales pueden existir dos o más Secciones (arts. 27.1 y 28), ya Secciones en las Salas del Tribunal Supremo (art. 54), de la Audiencia Nacional (art. 63.) y de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 72.2), y también en las Audiencias provinciales (que no tienen Salas, pero sí secciones (arts. 80.1 y 81.1). El órgano jurisdiccional (Sala o Sección) queda constituido por tres magistrados, incluido el presidente

Por el contrario, los Juzgados, que son un órgano jurisdiccional unipersonal, cuyo ámbito territorial de actuación es la provincia, queda constituido con la presencia del juez y del secretario. En las capitales de provincia y otras 36 ciudades el titular de la potestad jurisdiccional tiene la categoría personal de magistrado. Todas las demás personas son necesarias para la realización de funciones de apoyo material, pero no son indispensables jurisdiccionalmente.

#### **3.2. El Tribunal Supremo: Organización y planta.**

La CE establece en relación a esta institución, en su art. 123, lo siguiente: “1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

2. El Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en la forma que determine la Ley.”

El artículo 53 de la LOPJ añade que tendrá su sede en Madrid y que ningún otro órgano jurisdiccional podrá tener el título de supremo.

El presidente del Tribunal es, al mismo tiempo, presidente del Consejo



General del Poder Judicial, y lo integran además 5 presidentes de Sala y 74 magistrados de la categoría (RD 1819/1991, de 20 de diciembre), organizándose en las siguientes Salas:

- Sala I, de lo Civil, con 10 magistrados
- Sala II, de lo Penal, con 15 magistrados.
- Sala III, de lo Contencioso-Administrativo, con 33 magistrados
- Sala IV, de lo Social, con 13 magistrados
- Sala V, de lo Militar, con 8 magistrados (creada por la LO 4/1987)

A estas Salas hay que aludir, además:

- La Sala innominada del art. 61 de la LOPJ, integrada por el presidente del Tribunal, los presidentes de Sala y los magistrados más antiguo y moderno de cada Sala, con muy variadas competencias que van desde recursos de revisión en lo contencioso-administrativo hasta la responsabilidad civil y penal de los presidentes de Sala o de todos los magistrados de una Sala. Aparte de la atribuida por la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

- El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (arts. 38 LOPJ y 1 LOCJ), para conocer de estos conflictos entre los Juzgados y Tribunales y la Administración, y constituido por el presidente del Tribunal Supremo y cinco vocales, de los que dos son magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal (designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial) y tres consejeros permanentes de Estado.

- La Sala de Conflictos de Jurisdicción (arts. 39 LOPJ y 22 LOCJ) que conoce de estos conflictos entre los tribunales ordinarios y los tribunales militares, e integrada por el presidente del Tribunal Supremo, dos magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos magistrados de la Sala de lo Militar, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- La Sala especial de conflictos de competencia (art. 42 LOPJ) para conocer de los que puedan suscitarse entre juzgados o tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales, integrada por el presidente del Tribunal Supremo y dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, designados anualmente por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Sin funciones jurisdiccionales el art. 163 de la LOPJ prevé la existencia de un Gabinete Técnico de Información y Documentación, con composición y plantilla que determina el Ministerio de Justicia, aunque los destinos de magistrado y de letrado se proveen por el Consejo General del Poder Judicial.

### **3.3. Competencia de las Salas del Tribunal Supremo.**

### **3.3.1. Sala Primera de lo Civil.**

Esta Sala asume fundamentalmente los recursos de casación, que constituyen la esencia de su función jurisdiccional, atendiendo a la unificación de la jurisprudencia en la interpretación del Derecho privado común o general del Estado.

Al mismo tiempo se le ha atribuido también el conocimiento de:

- Los recursos de revisión.
- Otros recursos extraordinarios que llegue a establecer la Ley.
- En primera y única instancia las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra las más altas autoridades del Estado, tanto del Poder Legislativo, como del Ejecutivo y del Judicial (incluidos los magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia).
- De las recusaciones contra magistrados de la misma Sala (art. 60).
- De las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales del orden civil
- que no tengan otro superior común (art. 60).

### **3.3.2. Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo.**

Conoce del Recurso de Revisión y Casación en sus distintas modalidades así como de la Instrucción y Enjuiciamiento de las causas seguidas contra Presidente del Gobierno, altos cargos del Estado y Magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.

### **3.3.3. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.**

Conoce en única instancia de los recursos contra actos del Consejo de Ministros y altos órganos del Estado que la Ley determine. También conocerá de los Recursos de Revisión y Casación en sus distintas modalidades.

### **3.3.4. Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo.**

Conoce del Recurso de Revisión y Casación en sus distintas modalidades.

### **3.3.5. Sala del art. 61 LOPJ**

La Sala especial e innominada regulada en el art. 61.1, que como hemos dicho está formada por el presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de Sala y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada Sala conoce, *aparte del orden contencioso-administrativo*, de:

- Recusaciones del presidente del Tribunal Supremo, de presidentes de Sala y de más de dos magistrados de una Sala.
- Demandas de responsabilidad civil contra los presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Sala por hechos cometidos en el ejercicio del cargo.
- Instrucción y enjuiciamiento de las causas contra presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Sala. En este caso se designará de entre los miembros de la Sala un instructor, el cual no podrá formar lego parte del órgano enjuiciador.
- Declaraciones de error judicial cuando se impute a una Sala del Tribunal Supremo.
- Procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos (LO 6/2002, de 27 de junio).

## **4. Los Tribunales Superiores de Justicia.**

### **4.1. Fundamento constitucional y creación.**

La CE regula los TSJ en el art. 152.1, del que se deduce que:

- Los Estatutos de las Comunidades Autónomas "más avanzadas", las constituidas por la vía del art. 151 y similares, debían aludir a la constitución del mismo.
- En las demás Comunidades, las que lograran la autonomía por el art. 143, la creación del Tribunal era sólo posible, no viniendo impuesto por la CE.

Tras promulgarse la CE de 1978, se aprobaron los 17 Estatutos de Autonomía. En todos ellos, menos en el de La Rioja (tampoco en los de Ceuta y Melilla, lógicamente), se previó la creación del Tribunal Superior, diciendo que culminará la organización judicial en el territorio de la Comunidad. Después la LOPJ estableció un Tribunal en cada Comunidad Autónoma (también en La Rioja, si bien en la redacción de EA de la LO 2/1999, de 7 enero, ya se habló de este Tribunal Superior), el cual "tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta" (art. 71). Los nuevos estatutos mantienen la referencia a estos tribunales.

### **4.2. Sede**

La LOPJ no establece la sede de estos Tribunales, sino que la Disposición Adicional. 2ª se limita a remitirse a lo dispuesto en los Estatutos de

Autonomía. En algunos de ellos se contiene disposición expresa sobre este punto, como es el caso del Estatuto de Castilla - La Mancha (en su art. 23 fija la sede en Albacete), pero en otros no existe norma expresa, y para ellos la citada D.A.. 2ª prevé tres supuestos:

- Si el Estatuto de Autonomía guarda silencio sobre el tema, el Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en la misma ciudad donde radicaba la Audiencia Territorial.

- Si en la Comunidad Autónoma no existía antes Audiencia Territorial, el Tribunal Superior tendrá su sede en la capital de la Comunidad, y

- En las Comunidades Autónomas donde antes hubiera más de una Audiencia Territorial (caso de Andalucía y Castilla y León), la fijación de la sede corresponde a la Comunidad, que lo hará precisamente en una de las sedes de las Audiencias Territoriales. Esta fijación se ha hecho de las dos maneras previstas en el párrafo. 3 de la D.A 2ª, y así son el Acuerdo del Parlamento Andalúz de 30 de junio de 1982, que fijó la sede en Granada, y la Ley 14/1987, de 29 de diciembre de Castilla y León, que fijó la sede en Burgos.

#### **4.3. Composición**

Cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia se compone de 1 presidente del mismo, que es también al mismo tiempo presidente de la Sala de lo Civil y Penal, de los presidentes de Sala y de un número variable de magistrados.

El Tribunal Superior se compone de tres Salas:

a) Sala de lo Civil y Penal: Compuesta por 1 presidente y 4 (Aragón, Baleares, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra y País Vasco) ó 2 (el resto de las Comunidades) magistrados, de los cuales 1 ó 2 son nombrados por el Consejo General del Poder Judicial sobre una o dos ternas presentadas por la Asamblea Legislativa de la Comunidad correspondiente. En total, 17 presidentes y 48 magistrados.

b) Sala de lo Contencioso-Administrativo.

c) Sala de lo Social.

A estas Salas normales hay que añadir la especial y no permanente de Recusaciones, regulada en el art. 77 de la LOPJ, y compuesta del presidente del Tribunal Superior de Justicia, los presidentes de Sala y el magistrado más moderno de cada una de ellas.

El art. 72.2 prevé la posibilidad de que la cantidad de trabajo determine la existencia de Secciones dentro de las Salas, pero ello no ha sucedido en la Sala de lo Civil y Penal.

#### **4.4. Atribuciones de las Salas.**

##### **4.4.1. Sala de lo Civil**

La competencia de estas Salas no es igual en todos los Tribunales Superiores, pues depende la existencia o de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad. Las competencias son:

- De los recursos de casación y de revisión contra sentencias de los órganos del orden civil de la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso o la sentencia se base en derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad y así se prevea en el correspondiente Estatuto de Autonomía.
- En única instancia de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio del cargo contra:
  - Presidente y miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma y de la Asamblea Legislativa, cuando así lo establezca el Estatuto de Autonomía.
  - Todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de una de sus Secciones.
- Cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma.

##### **4.4.2. Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ**

Conoce en única Instancia de recursos contra actos que expresamente les atribuye la Ley y los recursos contra disposiciones de carácter general. También conoce del Recurso de Casación para unificación de la doctrina y en interés de Ley cuando se refiera respectivamente a resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Contenciones Administrativo, o Leyes autonómicas.

##### **4.4.3. Sala de lo Social del TSJ**

Conoce en única Instancia de controversias que afecten a intereses de trabajadores y empresarios en ámbito superior a un Juzgado de lo Social. También conoce de los Recursos de Suplicación contra Sentencias dictadas por los Juzgados Mercantiles de contenido laboral.

Otros órganos jurisdiccionales son la Audiencia Nacional, las Audiencias provinciales, los Juzgados (órganos unipersonales) de primera Instancia, de instrucción, los de Familia, de lo mercantil y de Paz, que no son objeto de este

tema.

## **5. El Ministerio Fiscal**

### **5.1. Concepto y posición constitucional.**

Define CONDE-PUMPIDO FERREIRO el Ministerio Fiscal como un órgano autónomo del Estado, constituido para el funcionamiento de la Justicia e integrado autónomamente en el Poder Judicial, y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales.

La Constitución, en el Título VI dedicado al "Poder Judicial", se refiere al Ministerio Fiscal, disponiendo su art. 124 que:

"1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (mandato que se ha hecho efectivo con la Ley 50/1981, de 30 de diciembre regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial".

### **5.2. Organización**

Los principios que regulan la organización y régimen jurídico interno de la institución del ministerio fiscal son el de unidad (orgánica, territorial y funcional); y el de dependencia jerárquica.

#### **5.2.1 Unidad orgánica, territorial y funcional.**

El principio de unidad se deduce del está desarrollado en el art. 22 de la Ley 50/1981, que dispone:

"1. El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado.

2. El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal.

5. El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.

6. El Teniente Fiscal, en las Fiscalías donde exista, asumirá las funciones de dirección o coordinación que le delegue el Fiscal Jefe, y sustituirá a éste en caso de ausencia, vacante o imposibilidad".

El principio de unidad se manifiesta, desde el punto de vista territorial, en una estructura orgánica centralizada a nivel estatal. La distribución orgánica del Ministerio Público sobre la base del territorio, ya se trate de Comunidades Autónomas o Provincias, atiende exclusivamente a un criterio de racionalización en la distribución del trabajo y a una presencia permanente del Ministerio Fiscal ante los distintos órganos jurisdiccionales.

Así, los órganos del Ministerio fiscal, recogidos en el art. 12 de la Ley 50/1981 son:

- 1) El Fiscal General del Estado.
- 2) El Consejo Fiscal.
- 3) La Junta de Fiscales de Sala.
- 4) La Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas.
- 5) La Fiscalía del Tribunal Supremo.
- 6) La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- 7) La Fiscalía de la Audiencia Nacional. 8) Las Fiscalías Especiales.
- 9) La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal.
- 10) La Fiscalía Jurídico Militar.
- 11) Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas. 1
- 12) Las Fiscalías Provinciales.
- 13) Las Fiscalías de Área.

### **5.2.2. Dependencia jerárquica**

La unidad funcional o de actuación con la que se concibe el Ministerio fiscal exige una organización piramidalmente, de modo que cada uno de sus miembros actúa según las instrucciones recibidas del Fiscal Jefe respectivo y éstos, a su vez, en función de las instrucciones que reciban del Fiscal



General del Estado.

Para garantizar el funcionamiento vertical del Ministerio Público, el Fiscal General del Estado podrá impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Análogas facultades tendrán los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas respecto a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial y ambos respecto a los miembros del Ministerio Fiscal subordinados (art. 25.1 y 3 Ley 50/1981).

También podrá el Fiscal General del Estado llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo. La misma función ejercerán los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas dentro de su territorio (arts. 26 y 22.4 Ley 50/1981).

Esta dependencia encuentra en el Estatuto las siguientes limitaciones: 1) El derecho-deber del inferior a objetar y no cumplir las órdenes cuyo ejercicio estime improcedente o contrario a las leyes (arts. 6.20 y 27 Ley 50/1981); 2) La validez "ad extra" de la actuación realizada incumpliendo una orden, en cuanto que expresión de la voluntad y criterio del Ministerio Fiscal, generando en todo caso una responsabilidad de orden interno; y 3) La eficacia sólo en lo que hace a las actuaciones escritas, dado que en las intervenciones orales los miembros del Ministerio Fiscal, son libres y sólo vienen obligados al expresarlas a respetar el cumplimiento del bien de la justicia (art. 25.4 LEY 50/1981).

### **5.3. Funciones del Ministerio fiscal**

El art. 124.1 CE confiere al Ministerio Fiscal las funciones que ya han sido enumeradas. La Ley 50/1981 desarrolla las siguientes:

- Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
- Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de
- los jueces y tribunales.
- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos
- fundamentales y libertades públicas con las actuaciones que exija su defensa.
- Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponer
- se a las ejercitadas por otros, cuando proceda.
- Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la



adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de 10 dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.

- Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
- Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.
- Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y las cuestiones de competencia procedentes, e intervenir en las promovidas por otros.
- Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.
- Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.
- Intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan.
- Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.
- Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención.
- Promover o prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.
- Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.

Con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate. La intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en

último lugar (art. 3 LEY 50/1981).

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-Tesorero y Secretario-interventor de la Administración local

#### Bibliografía

M. Satrústegui (en colaboración) Derecho Constitucional, 2 volúmenes.

Tirant Lo Blanc, Valencia 2007

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

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

**10. EL GOBIERNO. SU  
COMPOSICIÓN. NOMBRAMIENTO  
Y CESE. LAS FUNCIONES DEL  
GOBIERNO. EL PRESIDENTE DEL  
GOBIERNO. LOS MINISTROS. LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.  
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES  
INFORMADORES DE LA  
ORGANIZACIÓN Y DE LA  
ACTUACIÓN DE LA  
ADMINISTRACIÓN. GOBIERNO Y  
ADMINISTRACIÓN: CONTROL DE  
LOS ACTOS POLÍTICOS.**

## **TEMA 10. EL GOBIERNO. SU COMPOSICIÓN. NOMBRAMIENTO Y CESE. LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO. LOS MINISTROS. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INFORMADORES DE LA ORGANIZACIÓN Y DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS**

### **I. EL GOBIERNO**

El artículo 97 de la Constitución establece que el Gobierno es el órgano que “dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

#### **1. Su composición**

De acuerdo con el artículo 98 de la Constitución, “el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley”.

Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delgadas.

El *Consejo de Ministros* es el órgano colegiado del Gobierno por excelencia, regulado en el art.5 de la Ley del Gobierno, que le atribuye las siguientes funciones:

- a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.
- b) Aprobar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.

- c) Aprobar los Reales Decretos-leyes y los Reales Decretos Legislativos.
- d) Acordar la negociación y firma de tratados internacionales, así como su aplicación provisional.
- e) Remitir los tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución.
- f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio.
- g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una ley.
- h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.
- i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales.
- j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.
- k) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

A las reuniones del Consejo de Ministros podrán asistir los Secretarios de Estado cuando sean convocados. Sus deliberaciones serán secretas.

Las *Comisiones Delegadas*, por su parte, están reguladas en el artículo 6 de la Ley del Gobierno. Reúnen a varios Ministros con el fin de tratar y, en su caso, resolver las cuestiones que afectan en común a sus Ministerios y tienen atribuidas las siguientes funciones:

- a) Examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios de los Departamentos Ministeriales que integren la Comisión.
- b) Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros.
- c) Resolver los asuntos que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros.
- d) Ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.

Al igual que en el Consejo de Ministros, las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno serán secretas.

## **2. Nombramiento y cese**

El artículo 99 de la Constitución regula el nombramiento del Presidente del Gobierno:

“1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.
3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.
4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.
5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso”.

Los demás miembros del Gobierno son nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente, de acuerdo con el artículo 100 de la Constitución.

En cuanto al cese, dispone el artículo 101 de la Constitución que “el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente”. En estos casos, el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Por lo demás, la Ley del Gobierno establece los requisitos de acceso al cargo de los miembros del Gobierno (artículo 11.1):

“Para ser miembro del Gobierno se requiere ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar



inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme”.

### **3. Las funciones del Gobierno**

El Gobierno tiene asignadas diversas funciones constitucionales: ejerce la iniciativa legislativa (artículos 87 y 88 CE); establece las directrices políticas del Estado (art. 97 CE); responde de su gestión política ante el Congreso de los Diputados (art. 108 CE); su Presidente puede plantear la cuestión de confianza ante el Congreso (art. 112 CE) y se le puede exigir la responsabilidad política mediante una moción de censura (art. 113 CE); su Presidente puede proponer la disolución de las Cámaras legislativas (art. 115 CE); le corresponde proponer al Rey el nombramiento del Fiscal General del Estado (art. 124 CE), etc.

Junto a estas funciones, el Gobierno es, además, sujeto de actividad administrativa. Principalmente, ejerce la potestad reglamentaria (art. 97 CE) y, por tanto, está sujeto al oportuno control jurisdiccional (art. 106.1 CE) y a los condicionamientos para la elaboración de las disposiciones administrativas (art. 105.a CE).

La Ley del Gobierno concreta pormenorizadamente algunas de las funciones del Gobierno que de modo genérico regula la Constitución. En particular, la iniciativa legislativa a través de la elaboración, aprobación y posterior remisión de los proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado (artículo 22); y el ejercicio de la potestad reglamentaria (artículos 23 y ss), donde se recogen las formas que habrán de adoptar las decisiones de los órganos del Gobierno:

- a) Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-leyes, las decisiones que aprueban, respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86 de la Constitución (normas con fuerza de ley).
- b) Reales decretos del Presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente.
- c) Reales decretos acordados en Consejo de Ministros, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica.
- d) Acuerdos del Consejo de Ministros, las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto.
- e) Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros.
- f) Órdenes ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados.

#### **4. El Presidente del Gobierno**

El Presidente dirige y coordina la acción del Gobierno, como pone de manifiesto el artículo 98.2 CE. Es función del Presidente establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política gubernativa, tanto interior, como exterior y de defensa. Asimismo, convoca, preside y fija el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, crea, suprime y modifica los Departamentos ministeriales y las

Secretarías de Estado, imparte instrucciones a los Ministros y resuelve los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los Ministerios (art.2.2 de la Ley del Gobierno).

El Presidente tiene, además, funciones constitucionales propias, como son las de representar al Gobierno, proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución de las Cámaras parlamentarias y la consiguiente convocatoria de elecciones, plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza, igualmente previa deliberación del Consejo de Ministros, proponer al Rey la convocatoria de referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados, refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle para su sanción las normas con rango de ley, interponer recursos de inconstitucionalidad y proponer al Rey el nombramiento de los Vicepresidentes y Ministros (arts.62, 64, 92, 100, 112, 115 y 162.1.a de la Constitución y art. 2.2 de la Ley del Gobierno). Asimismo, el Presidente del Gobierno tendrá las funciones que le puedan corresponder en virtud de leyes especiales.

El Presidente puede delegar el ejercicio de las competencias propias en los Vicepresidentes o en los Ministros, pero no las que le atribuye directamente la Constitución ni las atribuidas por una ley que prohíba expresamente la delegación (art. 20 Ley del Gobierno).

Las disposiciones y resoluciones del Presidente del Gobierno revisten la forma de reales decretos del Presidente del Gobierno y como tales se publican.

## **5. Los Ministros**

La Administración General del Estado se estructura en Departamentos ministeriales, al frente de los cuales se encuentran los Ministros, que tienen la doble condición de miembros del Gobierno, por un lado, y de jefes

superiores de la Administración (art. 11.1 LOFAGE). Entre el Gobierno y los Ministros no existe una relación de jerarquía, sino de dirección y de coordinación. La jerarquía administrativa culmina en el Ministro de cada Departamento. De ahí que los actos y decisiones de los Ministros pongan fin a la vía administrativa (Disp. Adic.15ª.2 LOFAGE), es decir, no cabe contra ellos alzada ante el Consejo de Ministros ni ante el Presidente del Gobierno.

Aunque generalmente los Ministros son a la vez miembros del Gobierno y jefes superiores de su Departamento, cabe la posibilidad de que existan también Ministros sin Ministerio (o Ministros sin cartera), a los que se les pueden atribuir responsabilidades gubernamentales determinadas (art.4.2 LG).

Los Ministros son nombrados y separados por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno (art. 100 CE), siguiendo razones de confianza política. Como miembros del Gobierno participan en el Consejo de Ministros y, en su caso, en las Comisiones Delegadas del Gobierno y son políticamente responsables de sus actividades y las de su Departamento, responsabilidad política que puede ser exigida por las Cortes Generales a través de los instrumentos de control parlamentario (informaciones, comparecencias, interpelaciones, preguntas o mociones, ex. artículos 109 a 111 CE).

En su condición de miembros del Gobierno les corresponden las funciones que establece el artículo 4 de la Ley del Gobierno, sin perjuicio de las que le atribuyen los artículos 12 y 13 da LOFAGE como titulares de su Departamento (estudiadas en la lección siguiente). El citado artículo 4 de la Ley del Gobierno establece que:

“1. Los Ministros, como titulares de sus Departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

- a) Desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente del Gobierno.
- b) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.
- c) Ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones.
- d) Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia.

2. Además de los Ministros titulares de un Departamento, podrán existir Ministros sin cartera, a los que se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales”.

Las disposiciones y resoluciones que dicten los Ministros revisten la forma de órdenes ministeriales y así se publican (indicando el Ministerio del que proceden).

## **II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:**

El artículo 103.1 de la Constitución señala que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Este precepto hace referencia, en primer lugar, al carácter vicarial o servicial de la Administración Pública (“sirve con objetividad los intereses generales”); señala a continuación algunos de sus principios informadores, que el legislador ha completado principalmente en la Ley 30/1992 y en la

LOFAGE; y, finalmente, declara el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho.

Cuando señala que la Administración “*sirve con objetividad los intereses generales*” el constituyente parte de la base de que la Administración Pública es un poder servicial, no al servicio de un determinado Gobierno y menos del partido político gobernante, sino de los “intereses generales”. El servicio objetivo a los intereses generales impone, además, la neutralidad política de la Administración (“sirve con objetividad...”), exigencia coherente, por otra parte, con la separación que la Constitución establece entre Gobierno (como órgano de dirección política) y la Administración (como organización servicial dirigida por el Gobierno) a la que más adelante nos referiremos. Esta neutralidad política reclama la existencia de una función pública profesionalizada –bajo la garantía de la imparcialidad- y protegida de la discrecionalidad política. De ahí que el apartado 3 de este mismo artículo 103 ordene al legislador la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, la cláusula de *sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*, expresada como cláusula general, evita ámbitos inmunes de control de la actuación de la Administración y refuerza la garantía para la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9,3 CE. La aspiración, ya realizada a estas alturas de andadura constitucional, de lograr el sometimiento “pleno” ha necesitado contar con otra pieza fundamental de la Constitución que se encuentra en el art. 106.1:

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Veremos más adelante una de sus consecuencias más importantes cual es la fiscalización de los actos políticos del Gobierno.

Por último, el artículo 103 enumera una serie de los principios informadores de la organización y actuación de la Administración, a los que nos referiremos más detalladamente.

## **1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INFORMADORES DE LA ORGANIZACIÓN Y DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN:**

Son muchos y variados los principios que se proyectan sobre la organización y la actuación de la Administración Pública, pero centrándonos en los que ha recogido la Constitución española de 1978 y los que han sido positivizados por el legislador como consecuencia directa de los mandatos constitucionales (vid. artículo 3 de la Ley 30/1992), podemos aludir –siguiendo a SANZ LARRUGA– a tres modalidades de principios: en primer lugar los que afectan con carácter general a todas las Administraciones Públicas, en segundo lugar los que debe seguir la Administración en sus relaciones con los ciudadanos y, por último, aquellos que orientan las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas.

### **A. Principios generales de la actuación administrativa:**

#### *a) El principio de la eficacia*

Partiendo de la esencial funcionalidad de la Administración Pública española, es decir, el *servicio a los intereses generales*, este servicio debe cumplirse –por mandato constitucional– *con eficacia* (cfr. art. 103.1 CE). La eficacia administrativa es un principio jurídico constitucional que tiene su anclaje en la cláusula del Estado Social proclamado en el art. 1.1 de la CE del que derivan una serie de valores, bienes y principios. Si bien la eficacia

se proyecta en la CE, con carácter general, sobre la acción de todos los poderes públicos, desempeña una función específica sobre la organización administrativa, justamente, en cuanto instrumento servicial de la ejecución de las leyes y la prestación de los servicios públicos.

Como señala PAREJO ALFONSO, “el principio de eficacia proclamado en el art. 103.1 de la CE implica, en último término, *la necesidad jurídica de la realización en cada momento histórico, de la situación consistente en la plena, satisfactoria y coherente efectividad del interés general*, entendido como síntesis de la pluralidad de concretos intereses, valores o bienes protegidos simultáneamente por la comunidad jurídica y encomendados precisamente al poder público administrativo”.

Del principio de eficacia deriva un rico elenco de consecuencias jurídicas para la Administración. “La eficacia –como dice el mismo autor- alude a la *efectiva consecución de objetivos prefijados*, pudiendo diferenciarse diversos tipos de eficacia en función, tanto de la *naturaleza de los objetivos* (determinados normativamente o en virtud de criterios económicos o técnicos) como de las *formas de consecución* de éstos (celeridad, intensidad, sistematicidad)”, y junto a la eficacia, a modo de subespecie de ésta, la “eficiencia”: “incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio material que se emplee para la fijación de la relación óptima”.

El principio de eficacia ha calado hondamente en el grupo normativo relativo al régimen de las Administraciones Públicas y equivale a lo que genérica y tradicionalmente se ha llamado “buena administración”.

*b) El principio de descentralización*



El principio de descentralización proclamado en la CE tiene su fundamento axiológico en la cláusula del Estado democrático que persigue un valor superior del ordenamiento jurídico: el *pluralismo* (art. 1.1). La descentralización es un concepto político y jurídico que se utiliza para explicar muy diferentes realidades pero que aplicado a la Administración pública remite primariamente a la idea de una *mayor proximidad de la gestión administrativa al ciudadano*.

La descentralización y, su opuesto, la centralización (por el que, claramente no opta la CE), “hace referencia –según ARIÑO ORTIZ- al modo de *organizarse la acción administrativa* del Estado, entendido éste como *complejo organizativo*, integrado por una *diversidad de centros de poder*”. En todo caso –y pese a su compatibilidad- debe distinguirse la descentralización de la autonomía; como señala MEILÁN GIL, ésta supone “la atribución de competencias inmediata y mediatamente derivadas de la Constitución”, mientras que aquélla implica “un traspaso de competencias habilitado –y querido- por la Constitución”.

El principio de descentralización, tal como es proclamado en el art. 103.1 de la CE, se proyecta principalmente sobre cada Administración Pública que debe actuar descentralizadamente sus competencias propias a través de las Administraciones públicas inferiores; esta actuación descentralizada se puede alcanzar, como explica SANTAMARÍA PASTOR, mediante dos vías: por un lado, cada Administración pública superior debe conferir a las inferiores un nivel de participación en el ejercicio de sus competencias propias para la adecuada defensa y gestión de sus intereses; por otro lado, cada Administración superior debe tender a confiar a las Administraciones públicas inferiores la gestión concreta de las potestades administrativas que no exijan gestión centralizada a través de transferencia o delegación de esas potestades.

*c) El principio de jerarquía*

El principio de jerarquía constituye la regla tradicional de estructuración interna de la organización administrativa. Sin embargo, el modelo organizativo piramidal y jerarquizado que dominó la organización administrativa preconstitucional ha sufrido numerosas transformaciones, principalmente como consecuencia del nuevo modelo territorial del Estado y la multiplicación de sujetos que comparten la realización de los intereses generales, incluso fuera del ámbito jurídico público entre los que predomina, por encima de la idea de jerarquía, la de dirección o tutela.

Como dice NIETO, “la jerarquía está ciertamente en crisis, pero su destino dista mucho de estar ya definitivamente sellado”. En sentido moderno, la jerarquía “implica un orden organizativo en el que cada uno de los eslabones está sujeto a una *dependencia plural*” y en el que resulta vital la potestad de mando del órgano superior sobre el inferior. Una potestad que, en todo caso, “ha respetar las prioridades de la legalidad y de las reglas técnicas”.

## **B. Principios generales de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos**

### *a) El servicio a los ciudadanos*

En conexión directa con el objetivo de servicio eficaz a los intereses generales que toda Administración está llamada a lograr, la perspectiva del “servicio a los ciudadanos” ha ido calando en el ordenamiento jurídico. Primero fue la LPAC la que recogió este principio –en el art. 3,2- y potenció la posición de los “ciudadanos” a través de reconocimiento de una serie de derechos –los enumerados en el art. 35-, que pretenden marcar una nueva filosofía en la relación entre la Administración y los ciudadanos. Una nueva línea, enmarcada en el proceso de modernización de las Administraciones Públicas, que ha sido proseguida por la LOFAGE donde también se

contempla el “principio de servicio a los ciudadanos” (arts. 3,2,f) y 4). El desarrollo de este principio se extiende en torno a tres aspectos fundamentales: en primer lugar, el “servicio efectivo” o la “efectividad de los derechos de ciudadanos”; en segundo lugar, la “calidad” de la actividad administrativa a través de la “continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas”, en correspondencia con el afirmado “deber de buena Administración”; y, en tercer lugar, el “deber de auxilio y de información” por parte de los servicios administrativos a los interesados. Se trata, en definitiva, aproximar la Administración Pública a los postulados de la “nueva gestión Pública” que se caracteriza por una orientación al cliente, mayor libertad en la gestión de los recursos y el personal, medición del rendimiento, inversión en recursos tecnológicos y humanos y receptividad ante la competencia.

#### *b) La buena fe y la confianza legítima*

En la misma dirección de apertura de las Administraciones Públicas hacia los ciudadanos se sitúa la reciente positivización (en la Ley 4/1999 de reforma de la LPAC) de dos principios que habían sido utilizados con anterioridad en la jurisprudencia administrativa: el principio de “buena fe” y el principio de la “confianza legítima”. En ambos casos, la Ley de reforma de la LPAC destaca en la Exposición de Motivos su común fundamento que no es otro que el de la “seguridad jurídica”.

El principio de buena fe, con una larga tradición en el derecho privado, -y tras haberse superado las objeciones sobre su aplicación al Derecho administrativo- ha venido siendo aplicado, con toda normalidad, por la jurisprudencia contencioso-administrativa. La LPAC acogió esta doctrina jurisprudencial al incluir en el art. 106 la buena fe -tal como hacía el art. 112 de la antigua *Ley de Procedimiento Administrativo de 1958*- entre los límites a las facultades de anulación y revocación. Finalmente, ha sido la reforma de la LPAC la que introduce este principio con carácter general.

Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, la buena fe “constituye cauce para la integración de todo el ordenamiento jurídico conforme a la *idea de creencia y confianza*” y “puede contribuir a humanizar las relaciones entre administradores y administrados”; la aplicación del principio de buena fe – sigue diciendo este autor– permitirá al administrado *recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario* para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Este principio se proyecta sobre diversos aspectos de la actuación administrativa como el de las relaciones interadministrativas (la “lealtad”, al que me referiré más adelante), el nacimiento de la relación jurídico-administrativa, el ejercicio de los derechos y potestades administrativas, el proceso contencioso-administrativo, etc. En todo caso, es importante destacar que la buena fe es una exigencia de *comportamiento leal* tanto de las Administraciones Públicas como del ciudadano.

En cuanto al “principio de la confianza legítima” tiene su origen, tal como señala CASTILLO BLANCO, en la doctrina y jurisprudencia alemanas, siendo posteriormente recibido en el Derecho Comunitario. En nuestro país es reciente su introducción por vía jurisprudencial antes de ser acogido tras la reforma de la LPAC. La confianza legítima tiende a sobreponer la seguridad jurídica y la estabilidad a los cambios repentinos del proceder administrativo en sus relaciones con los ciudadanos, defendiendo la confianza de éstos fundada en signos o actos externos que la Administración manifiestamente realiza.

### *c) La participación y la transparencia*

La participación y la transparencia deben de orientar, asimismo, la actuación de las Administraciones Públicas en su relación con los ciudadanos (cfr. art. 3,5 LPAC).

La Constitución española encomienda a los poderes públicos “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.2) y, correlativamente, reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1). Además, y respecto a determinados ámbitos de la actividad administrativa, se reconoce expresamente el derecho de participación (artículo 27, derecho a la educación; artículo 48, participación de la juventud; artículo 125, en la Administración de Justicia, etc.).

El principio de transparencia de las Administraciones Públicas –como trasunto de la objetividad y directamente relacionada con el de la participación– se proyecta en tensión dialéctica con el deber de secreto o de sigilo que en ciertos ámbitos es preciso salvaguardar. Aunque su operatividad se manifiesta especialmente sobre el derecho de acceso a los archivos y registros expresado en la CE (art. 105, b), entendemos que en el sistema democrático todos los poderes públicos –y entre ellos la administración– tienen, como dice GONZÁLEZ NAVARRO, el deber de “explicar, razonada y razonablemente, su actuación”. Además, la vigencia del principio de transparencia administrativa en el Derecho Comunitario, tanto en su derecho primario como derivado, va a propiciar su extensión y desarrollo.

### **C. Principios generales en las relaciones interadministrativas**

#### *a) La lealtad institucional*

La “lealtad institucional” se presenta en la vigente legislación administrativa como la *clave de bóveda de las relaciones interadministrativas* (art. 4 LPAC). Se trata, en definitiva, como señala SANTAMARÍA PASTOR, del “deber de los entes territoriales de comportarse con arreglo a los criterios de buena fe y de lealtad o fidelidad al sistema”;

por parte del Estado, que está obligado a aceptar el carácter plural del modelo territorial, y parte de los entes territoriales inferiores, que deben aceptar su pertenencia a un sistema superior.

La concreción del principio se articula mediante una serie de deberes mutuos entre las diferentes Administraciones, primeramente restringidos a la Administración local (cfr. art. 55 de la LBRL) y posteriormente generalizados para todas: respeto por cada Administración al ejercicio legítimo de las competencias de otras Administraciones; ponderación por cada Administración de la totalidad de los intereses públicos implicados en el ejercicio de sus propias competencias; facilitación a las otras Administraciones de la información necesaria para el ejercicio de sus competencias; cooperación y asistencia activa a las Administraciones que lo soliciten.

#### *b) La cooperación y colaboración*

Como trasunto del deber recíproco de lealtad constitucional, la cooperación y colaboración resultan –como ha reconocido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)- fundamentales para el funcionamiento integrado del sistema, teniendo por objeto “flexibilizar y prevenir las disfunciones derivadas del sistema de distribución de competencias” (STC 214/1989). Si bien los principios de cooperación y colaboración no poseen rango constitucional, la jurisprudencia del TC se ha encargado –tempranamente- de destacar su importancia en la definición de la estructura territorial del Estado. Finalmente, ha sido positivizado en la LPAC como principio general de actuación (cfr. art. 3,2 LPAC y 3,2,h) de la LOFAGE).

En tensión dialéctica con el concepto de coordinación, la cooperación se caracteriza –como dice MENENDEZ REXACH- por ser voluntaria y por estar las entidades cooperantes en pie de igualdad jurídica, lo que impide que ninguna de ellas imponga a la otra su decisión. Por su parte, la

colaboración constituye una actividad complementaria, auxiliar o coadyuvante, tiene a modo de contrapeso a la autonomía de las Entidades territoriales, en garantía de la unidad del sistema, un sentido de contribución o asistencia a tareas que primariamente corresponde a otro o en las que el colaborador no es protagonista. En todo caso, el deber general de cooperación establecido en la legislación administrativa (LPAC y Ley de Bases del Régimen Local de 1985) engloba una variada gama de supuestos heterogéneos, cuyo único denominador común es la pretensión de *acentuar la visión de conjunto del sistema institucional en la actuación de las entidades que lo integran*, evitando que esa actuación se lleve a cabo desde perspectivas exclusivistas o aisladas.

### *c) La coordinación*

A diferencia de los principios antes reseñados, la coordinación es un principio constitucional que se vincula directamente a la actuación de las Administraciones Públicas (art. 103,1 CE). Sin embargo, como destacó BLANCO DE TELLA, la coordinación más que un principio es un resultado. Y en este sentido, ésta se relaciona íntimamente con los principios de colaboración y cooperación ya –como dice MENÉNDEZ REXACH– la coordinación como resultado no se logra mediante cualquier modalidad de ejercicio de competencias propias, sino mediante su ejercicio cooperativo y colaborador.

La coordinación, además de constituir un *título competencial* en la CE para diferentes materias (así, por ejemplo, la planificación general de la actividad económica: art. 149,1,13ª), es un *principio de organización* que persigue la coherencia en la actuación del conjunto de las instituciones públicas o –como señala SÁNCHEZ MORÓN– la *integración de las partes en el todo*, evitar contradicciones y disfunciones mediante la fijación de medios y sistemas de relación adecuados y mediante la acción conjunta de las autoridades implicadas en cada caso. Y para ello, la coordinación se

manifiesta en una potestad atribuida a un ente u órgano público –el coordinador- para asegurar la acción coherente de otros –los coordinados- o de estos otros con aquél; se trata –en palabras del TC- de “un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado” (STC 214/1989) y además es compatible con la autonomía a modo de simple límite al ejercicio de ésta.

## **2. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS**

Una vez analizados los rasgos característicos del Gobierno y de la Administración Pública es preciso relacionar los dos principales preceptos constitucionales del Título IV, que se denomina, precisamente, “Del Gobierno y su Administración”-: el primero, el art. 97 donde el Gobierno aparece como su órgano director (“El Gobierno dirige... la Administración civil y militar”) y el segundo, el art. 103.1 que constituye el dato esencial de aquélla: “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Ambos preceptos nos remiten directamente a la “naturaleza vicarial o servicial” que caracteriza a la Administración Pública en el Estado democrático. “Como organización burocrática profesionalizada -dice SANTAMARÍA PASTOR- la Administración Pública carece, en sí misma, de legitimidad propia; se encuentra esencialmente subordinada, en su estructura y funcionamiento, a las instituciones políticas representativas”. Son precisamente dichos entes políticos representativos los que tienen por función definir cuáles son los intereses generales. Las Cámaras legislativas a través del ejercicio de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 CE) y el Gobierno mediante el ejercicio de la



función ejecutiva (art. 97 CE). Por ello, la Administración Pública está sometida a una doble sujeción: al principio de legalidad y al poder de dirección del Gobierno.

El Gobierno es, ante todo, un órgano del Estado, sujeto de actividad administrativa -reflejada de manera primordial a través del ejercicio de la potestad reglamentaria- pero que realiza también otras actividades más relevantes de carácter eminentemente político. Indudablemente, esto es compatible con la integración de los miembros del Gobierno, individualmente considerados, en el complejo orgánico de la Administración, como se deriva de los preceptos constitucionales antes citados.

Por el contrario, la Administración Pública es un complejo orgánico, un conjunto de órganos que, bajo el liderazgo político del Gobierno (art. 97 y 152 y paralelos de los Estatutos de Autonomía) tiene por función constitucional "servir con objetividad los intereses generales" (art. 103.1 CE ). Pero justamente por esta razón, la dirección política de la Administración no puede degenerar en su politización, sino que debe garantizarse su neutralidad política, una peculiar forma de actuación que GARRIDO FALLA denominó "eficacia indiferente". Con todo, debe advertirse que el ordenamiento jurídico permite que ciertas entidades administrativas gocen de un elevado grado de independencia en su gobierno, atendiendo a los particulares fines y funciones que están llamadas a servir. Es el caso de las denominadas "Administraciones independientes".

Pues bien, la distinción entre Gobierno y Administración ha sido la causa de una de las cuestiones históricamente más espinosas del Derecho Administrativo: la negación del control jurisdiccional sobre los llamados "actos políticos del Gobierno". Tradicionalmente venía admitiéndose de forma pacífica que, junto a las funciones "administrativas", existían otro tipo de funciones, las "políticas" confiadas a órganos supremos del Estado

(el Gobierno) en relación con ciertas materias (la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado, etc.). El Gobierno, se afirmaba, tiene carácter bifronte (función política y función administrativa, como se desprende, por ejemplo, del artículo 97 de la Constitución española), y en cuanto órgano constitucional tiene encomendadas funciones propiamente administrativas y funciones propiamente políticas. Estas últimas funciones se declaraban excluidas del control jurisdiccional, sobre la base de que no eran “actos administrativos” o “actos sometidos al Derecho administrativo”.

La consagración del Estado de Derecho que se produce con la aprobación de la Constitución española de 1978 obligaba a replantearse la categoría de los “actos políticos” y así lo hizo la jurisprudencia, con importantes esfuerzos orientados a clarificar el concepto postconstitucional de “acto político” y a articular fórmulas para su control, a fin de evitar excepciones a la cláusula de Derecho y cerrar cualquier ámbito de actuación inmune al control jurisdiccional. Con estos propósitos, el Tribunal Supremo, antes de la entrada en vigor de la vigente Ley Jurisdiccional, ya había conseguido reducir el alcance y contenido de la expresión “actos políticos del Gobierno” con manifestaciones como las siguientes:

- el “acto político” tiene un autor predeterminado: acto político “del Gobierno”, y no de los Ministros individualmente o de autoridades inferiores a ellos;
- el acto político resulta sólo del ejercicio de competencias constitucionalmente atribuidas al Gobierno;
- el núcleo político de la decisión es de una “discrecionalidad y oportunidad máximas”, de manera que los tribunales se muestran muy reticentes a controlarlo, pero fuera de ese núcleo son varias las vías de control empleadas por la jurisprudencia: cuando los actos políticos afecten a

derechos fundamentales, debe salvaguardarse la integridad de esos derechos frente a cualquier acción, administrativa o política, porque la propia Constitución les reserva un lugar de privilegio en el sistema constitucional, que no debe ceder ante criterios de oportunidad o discrecionalidad; cuando en la toma de decisión no se respeten las exigencias legales objetivas, es decir, condicionantes, procedimientos o requisitos carentes de cualquier tinte discrecional, el control por parte de los tribunales es posible e ilimitado en los que respecta a esos elementos de la decisión que podríamos llamar “reglados” o “no políticos”.

Todos estos criterios han sido tenidos en cuenta por el legislador a la hora de elaborar primero la Ley del Gobierno y poco después la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998.

La Ley del Gobierno dedica su artículo 26 a esta cuestión:

- “1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.
2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales.
3. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.
4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reguladora del mismo”.

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo se corrige la versión de los actos del Gobierno contenida en el artículo 2 de la derogada y se dispone:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: ... La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: *La Administración Pública Española*, (Dir. J. RODRÍGUEZ ARANA), INAP, Madrid, 2002.

AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

ÁLVAREZ RICO, M., *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, 1997.

ARIÑO ORTIZ, G., “Principio de descentralización y desconcentración”, *Documentación administrativa* nº 214.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

GALLEGO ANABITARTE, A. et. alt., *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**

**11. LA ADMINISTRACIÓN  
GENERAL DEL ESTADO. SU  
ORGANIZACIÓN. ÓRGANOS  
SUPERIORES Y ÓRGANOS  
DIRECTIVOS. LA  
ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA  
DEL ESTADO. LOS DELEGADOS  
DEL GOBIERNO EN LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS.  
LOS SUBDELEGADOS DEL  
GOBIERNO EN LAS PROVINCIAS  
Y LOS DIRECTORES INSULARES.**

## **TEMA 11. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. SU ORGANIZACIÓN. ÓRGANOS SUPERIORES Y ÓRGANOS DIRECTIVOS. LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO. LOS DELEGADOS DEL GOBERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LOS SUBDELEGADOS DEL GOBERNO EN LAS PROVINCIAS Y LOS DIRECTORES INSULARES.**

### **I. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

#### **1. Consideraciones previas**

El artículo 97 de la Constitución española de 1978 dispone que “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes”. Este precepto recoge la distinción entre Gobierno y Administración que, posteriormente, se ha reflejado en las leyes que regulan una y otro: la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE); y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LGOB).

Centrándonos en el estudio de la primera, conviene atender a las clasificaciones previas que hace la doctrina respecto de la Administración del Estado, clarificadoras del contenido de la presente lección. Las más comunes son:

A. Administración civil, militar y en el exterior: Con esta primera clasificación se trata de poner de manifiesto que, junto a la Administración civil que desarrolla sus funciones en el interior de la Nación, cabe diferenciar la Administración militar y la Administración civil en el exterior. La primera, Administración militar, se regula por su propia normativa, tal y como establece la Disposición Adicional primera de la LOFAGE,

actualmente la Ley orgánica 2/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional; la segunda se regula en los artículos 36 y 37 de la LOFAGE y se estructura en Misiones Diplomáticas, Representaciones o Misiones Permanentes, Delegaciones, Oficinas Consulares e Instituciones u Organismos públicos cuya actuación se desarrolle en el exterior.

B. Administración Central y Periférica: Esta clasificación pretende significar que la Administración General del Estado, que ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, actúa a través de dos tipos de órganos: los centrales, que ejercen sus potestades en todo el territorio nacional; y los periféricos (“órganos territoriales”, de acuerdo con la terminología de la LOFAGE), que actúan en una parte del territorio. La LOFAGE se refiere a esta diferenciación con carácter general en el artículo 6.1, al señalar que “la organización de la Administración General del Estado responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas por esta Ley”. En los artículos sucesivos desarrolla ambos principios, refiriéndose a los órganos centrales en los artículos 8 a 21 y a los periféricos en los artículos 22 a 35.

## **2. Personalidad jurídica, órganos y unidades administrativas**

La Administración General del Estado, como el resto de las Administraciones Públicas, actúa con personalidad jurídica única. La atribución de personalidad jurídica a la Administración tiene por finalidad determinar el sujeto de Derecho al que se imputan las relaciones jurídicas con otros sujetos, ya sean públicos o privados (SÁNCHEZ MORÓN).

A partir de ese dato de la personalidad jurídica es preciso añadir que la Administración es una organización compleja, integrada por un conjunto heterogéneo de órganos jerárquicamente ordenados que son creados,



regidos y coordinados de acuerdo con la ley (artículo 103.2 CE y 5.1 LOFAGE).

A su vez, los órganos administrativos se integran con unidades administrativas, a las que la LOFAGE define como “los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas”. Estas unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común, pudiendo existir unidades administrativas complejas, que agrupen dos o más unidades menores. Las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo.

La LOFAGE introduce una cuestionable diferenciación entre órganos administrativos y unidades administrativas, al disponer que sólo tienen la consideración de órganos “las unidades a las que se atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo” (artículo 5.2). Este concepto restringido de “órgano” no es compartido por un importante sector doctrinal (entre ellos, SÁNCHEZ MORÓN), por considerarlo contradictorio con el que establece para todas las Administraciones Públicas la Ley 30/1992, cuyo artículo 11.1 parece equiparar, con el carácter básico que le es propio, unidades administrativas y órganos, al disponer que “corresponde a cada Administración Pública delimitar ... las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios ...”.

## **II. SU ORGANIZACIÓN**

### **1. Los principios de organización, funcionamiento y relaciones con los ciudadanos**

El Capítulo I del Título I de la LOFAGE (artículos 1 a 4) recoge los mandatos constitucionales referidos a la Administración Pública en su artículo 103.1,

fundamentalmente (y por relación, los artículos 1, 9 , 10, 31 y 97 a los que se alude expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley).

En un precepto cabecera (artículo 2), la LOFAGE señala respecto de la Administración General del Estado: a) que desarrolla funciones administrativas de carácter ejecutivo; b) que ejerce sus potestades bajo la dependencia del Gobierno, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y sirviendo con objetividad a los intereses generales; c) que actúa con personalidad jurídica única y a través de órganos jerárquicamente ordenados.

A continuación se enuncian tres categorías de principios, presididos todos ellos por el de legalidad (artículo 3), clasificados como se expone a continuación:

- Principios de organización (artículo 3.1):

- a) Jerarquía.
- b) Descentralización funcional.
- c) Desconcentración funcional y territorial.
- d) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- e) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- f) Coordinación.

- Principios de funcionamiento (artículo 3.2):

- a) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- b) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- c) Programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y los resultados.
- d) Responsabilidad por la gestión pública.
- e) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.

- f) Servicio efectivo a los ciudadanos.
- g) Objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- h) Cooperación y coordinación con las otras Administraciones públicas.

De todos ellos, la LOFAGE desarrolla el principio de servicio a los ciudadanos (artículo 4), incidiendo en varios aspectos:

1º) La Administración General de Estado debe asegurar a los ciudadanos la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración y la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas.

2º) La Administración General del Estado desarrollará su actividad y organizará las dependencias administrativas y, en particular, las oficinas periféricas, de manera que los ciudadanos puedan:

- resolver sus asuntos;
- ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos;
- recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos;
- presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de las dependencias administrativas.

3º) Todos los Ministerios deben mantener permanentemente actualizadas y a disposición de los ciudadanos en las unidades de información correspondientes el esquema de su organización y la de los organismos dependientes, y las guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de la competencia del Ministerio y de sus Organismos públicos.

## **2. Estructura ministerial**

La estructura de la Administración General del Estado se articula en Ministerios, que son los diversos departamentos que asumen “uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa” (artículo 8.1 LOFAGE). En los Ministerios pueden existir Secretarías de Estado –y excepcionalmente Secretarías Generales- para la gestión de un sector de actividad administrativa. La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante real decreto del Presidente del Gobierno (artículo 8.2).

Los Ministerios se integran, además, con una Subsecretaría, y dependiendo de ella una Secretaría General Técnica, para la gestión de los servicios comunes, esto es, el asesoramiento, el apoyo técnico y, en su caso, la gestión directa en relación con las funciones de planificación, programación y presupuestación, cooperación internacional, acción en el exterior, organización y recursos humanos, sistemas de información y comunicación, producción normativa, asistencia jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales y servicios auxiliares, seguimiento, control e inspección de servicios, estadística para fines estatales y publicaciones; todo ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 20 y 21 LOFAGE (artículo 9.2 LOFAGE).

En número variable, forman parte del Ministerio las Direcciones Generales. Son los órganos de gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas y se organizan en Subdirecciones Generales para la distribución de las competencias encomendadas a aquéllas, la realización de las actividades que les son propias y la asignación de objetivos y responsabilidades (artículo 9.3 y 4 LOFAGE).

Todos estos órganos se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas (artículo 10.1 LOFAGE).

En línea jerárquicamente descendiente se encuentran otros órganos y unidades administrativas de distinta denominación: servicios, áreas, secciones, negociados... Los órganos se crean, modifican y suprimen por orden del Ministro respectivo, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas (artículo 10.2); las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo (artículo 10.3).

### **III. ÓRGANOS SUPERIORES Y ÓRGANOS DIRECTIVOS**

La LOFAGE introduce en su artículo 6 LOFAGE la diferencia entre órganos superiores y órganos directivos, clasificación a la que la doctrina suma un tercer tipo, denominado órganos ordinarios (DE LA CUETARA), que reúne a todos los demás y que “se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo” (artículo 6.6).

Corresponde a los órganos superiores el establecimiento de los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad. Son los Ministros y los Secretarios de Estado.

A los órganos directivos les corresponde el desarrollo y ejecución de los planes de actuación formulados por los superiores. En la Administración central son los Subsecretarios, los Secretarios Generales, los Secretarios Generales Técnicos, los Directores Generales y los Subdirectores Generales; en la Administración periférica son los Delegados del Gobierno y los Subdelegados del Gobierno en las provincias; y en la Administración General del Estado en el exterior son los Embajadores y Representantes Permanentes ante Organizaciones internacionales.

Unos y otros, excepto los Subdirectores Generales y asimilados, tienen la condición de alto cargo (artículo 6.5).

Los Ministros y Secretarios de Estado son nombrados de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente. Esto es, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la CE, que atribuye El Rey el nombramiento de los Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno; y en el artículo 15 de la Ley del Gobierno, que atribuye la competencia para nombrar a los Secretarios de Estado al Presidente del Gobierno.

Los titulares de los órganos directivos son nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro correspondiente, salvo los subdirectores generales, cuyo nombramiento corresponde a los Ministros o los Secretarios de Estado. Todos ellos serán nombrados atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:

- a) la responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada;
- b) la sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria (artículo 6.10 LOFAGE).

De acuerdo con el artículo 11 de la LOFAGE, los Ministros son los jefes del Departamento y superiores jerárquicos directos de los Secretarios de Estado. Los órganos directivos de los Ministerios están ordenados jerárquicamente de la siguiente forma: Subsecretario, Director General y Subdirector General. Los Secretarios de Estado tienen categoría de Subsecretario y los Secretarios Generales Técnicos tienen categoría de Director General. Por su parte, los Delegados del Gobierno tienen rango de Subsecretarios y los Subdelegados del Gobierno tienen nivel de Subdirector General.

## **1. Los Ministros**

Sin perjuicio de su condición de miembros del Gobierno y las funciones que como tales les corresponden, los Ministros dirigen los sectores de la actividad administrativa integrados en su departamento, asumiendo la responsabilidad inherente a dicha dirección.

Sus competencias se enumeran en los artículos 12 y 13 de la LOFAGE, y pueden sistematizarse así:

a) La *dirección del Ministerio*, lo que incluye fijar sus objetivos, aprobar los planes de actuación del mismo y asignar los recursos necesarios para su ejecución dentro de los límites de la dotaciones presupuestarias correspondientes; nombrar y separar a los titulares de los órganos directivos del Ministerio y de los Organismos públicos dependientes de mismo, cuando la competencia no esté atribuida al Consejo de Ministros o al propio Organismo, y elevar al Consejo de Ministros las propuestas de nombramiento a éste reservadas; dirigir la actuación de los titulares de los órganos superiores y directivos del Ministerio, impartirles instrucciones concretas y delegarles competencias propias; evaluar la realización de los planes de actuación del Ministerio por parte de los órganos superiores y órganos directivos y ejercer el control de eficacia respecto de la actuación de dichos órganos y de los Organismos públicos dependientes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria.

b) El ejercicio de la *potestad reglamentaria*.

c) Las *acciones de gestión económica del Ministerio*, tales como aprobar la propuestas de los estados de gastos del Ministerio, y de los presupuestos de los Organismos públicos dependientes y remitirlas al Ministerio de Economía y Hacienda; administrar los créditos para gastos de los presupuestos de su Ministerio; aprobar y comprometer los gastos que no sean de la competencia del Consejo de Ministros y elevar a la aprobación de éste los que sean de su competencia, reconocer las obligaciones

económicas, y proponer su pago en el marco del plan de disposición de fondos del Tesoro Público; autorizar las modificaciones presupuestarias que les atribuye la Ley General Presupuestaria; solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda la afectación o el arrendamiento de los inmuebles necesarios para el cumplimiento de los fines de los servicios a su cargo.

d) *Adoptar actos administrativos y celebrar contratos y convenios* en materia de su competencia, incluida la revisión de oficio de los actos administrativos y la resolución de los conflictos de atribuciones cuando les corresponda, así como plantear los que procedan con otros Ministerios; *resolver los recursos administrativos y declarar la lesividad* de los actos administrativos cuando les corresponda.

e) *Las gestiones relativas a los recursos humanos* relativas a su Ministerio, entre ellas, proponer y ejecutar, en el ámbito de sus competencias, los planes de empleo del Ministerio y los Organismos públicos de él dependientes; modificar la relación de puestos de trabajo del Ministerio que expresamente autoricen de forma conjunta los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda; convocar las pruebas selectivas en relación al personal funcionario de los cuerpos y escalas adscritos al Ministerio así como al personal laboral, de acuerdo con la correspondiente oferta de empleo público y proveer los puestos de trabajo vacantes, conforme a los procedimientos establecidos al efecto y ajustándose al marco previamente fijado por el Ministerio de Administraciones Públicas; administrar los recursos humanos del Ministerio de acuerdo con la legislación específica en materia de personal; fijar los criterios para la evaluación del personal y la distribución del complemento de productividad y de otros incentivos al rendimiento legalmente previstos; otorgar o proponer, en su caso, las recompensas que procedan y ejercer la potestad disciplinaria de acuerdo con las disposiciones vigentes.



f) Las *relaciones institucionales y administrativas* con las Comunidades Autónomas y convocar las Conferencias sectoriales y los órganos de cooperación en el ámbito de las competencias atribuidas a su Departamento.

## **2. Los Secretarios de Estado**

Dentro de un Ministerio o directamente adscrito a la Presidencia del Gobierno, los Secretarios de Estado son responsables de la ejecución de una parcela específica de la acción del Gobierno, descargando de tareas al Ministro correspondiente. De acuerdo con el artículo 14 de la LOFAGE dirigen y coordinan las Direcciones Generales situadas bajo su dependencia y responden ante el Ministro de la ejecución de los objetivos fijados para la Secretaría de Estado, correspondiéndoles a este fin las siguientes competencias:

a) Ejercer las competencias sobre el sector de actividad administrativa asignado que les atribuya la norma de creación del órgano o que les delegue el Ministro y desempeñar las relaciones externas de la Secretaría de Estado, salvo en los casos legalmente reservados al Ministro.

b) Ejercer las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección y, en particular, impulsar la consecución de los objetivos y la ejecución de los proyectos de su organización, controlando su cumplimiento, supervisando la actividad de los órganos directivos adscritos e impartiendo instrucciones a sus titulares.

c) Nombrar y separar a los Subdirectores generales de la Secretaría de Estado.

d) Mantener las relaciones con los órganos de las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia.

- e) Ejercer las competencias atribuidas al Ministro en materia de ejecución presupuestaria, con los límites que, en su caso, se establezcan por aquél.
- f) Celebrar los contratos relativos a asuntos de su Secretaría de Estado, y los convenios no reservados al Ministro del que dependan o al Consejo de Ministros.
- g) Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los órganos directivos que dependan directamente de él y cuyos actos no agoten atribuciones que se susciten entre dichos órganos.
- h) Cualesquiera otras competencias que les atribuya la legislación en vigor.

### **3. Los Subsecretarios**

Son los órganos de asistencia ordinaria al Ministro, tanto en el ámbito de la organización interna del Departamento como del asesoramiento jurídico, en particular en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria y la adopción de actos jurídicos del Ministro y demás órganos del Departamento. De acuerdo con el artículo 15 LOFAGE, los Subsecretarios ostentan la representación ordinaria del Ministerio, dirigen los servicios comunes, ejercen las competencias correspondientes a dichos servicios comunes y, en todo caso, las siguientes:

- a) Apoyar a los órganos superiores en la planificación de la actividad del Ministerio, a través del correspondiente asesoramiento técnico.
- b) Asistir al Ministro en el control de eficacia del Ministerio y sus Organismos públicos.

- c) Establecer los programas de inspección de los servicios del Ministerio, así como determinar las actuaciones precisas para la mejora de los sistemas de planificación, dirección y organización y para la racionalización y simplificación de los procedimientos y métodos de trabajo, en el marco definido por el Ministerio de Administraciones Públicas.
- d) Proponer las medidas de organización del Ministerio y dirigir el funcionamiento de los servicios comunes a través de las correspondientes instrucciones u órdenes de servicio.
- e) Asistir a los órganos superiores en materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos del Ministerio y sus Organismos públicos, así como en la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación.
- f) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal del Departamento.
- g) Responsabilizarse del asesoramiento jurídico al Ministro en el desarrollo de las funciones que a éste le corresponden, y en particular en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos de la competencia de aquél, así como a los demás órganos del Ministerio. En los mismos términos, le corresponde informar las propuestas o proyectos de normas y actos de otros Ministerios, cuando reglamentariamente proceda. A tales efectos, será responsable de coordinar las actuaciones correspondientes dentro del Ministerio, y en relación con los demás Ministerios que hayan de intervenir en el procedimiento.
- h) Ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan directamente de él.

i) Cualesquiera otras que sean inherentes a los servicios comunes del Ministerio y a la representación ordinaria del mismo y las que les atribuyan la legislación en vigor.

Como se señaló, los Subsecretarios son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio. Los nombramientos habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 6.10 LOFAGE entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

#### **4. Los Secretarios Generales**

Son órganos de creación más reciente y obedecen a la conveniencia de desconcentrar determinadas actividades de un Ministerio sin por ello atribuirles a un órgano del rango de Secretario de Estado (SÁNCHEZ MORÓN). Tiene atribuidas, al igual que el Secretario de Estado, competencias y responsabilidades sobre un sector de la actividad administrativa determinado. Su creación tiene carácter excepcional y sus funciones vendrán establecidas en el Real Decreto de estructura del Ministerio (artículo 16 LOFAGE).

Poseen categoría de Subsecretario y son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Ministerio. Los nombramientos habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios del artículo 6.10 LOFAGE entre personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

#### **5. Los Secretarios Generales Técnicos**

Bajo la inmediata dependencia del Subsecretario, los Secretarios Generales Técnicos dirigen la Secretaría General Técnica del Ministerio, que es el órgano que agrupa, en general, los servicios comunes del Ministerio y, en todo caso, las funciones relativas a la producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones (artículo 17.1 LOFAGE).

Tienen, a todos los efectos, la categoría de Director general. Son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio. El nombramiento, que debe respetar los criterios generales establecidos en el artículo 6.10 , habrá de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

## **6. Los Directores generales**

Son los encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio (artículo 18 LOFAGE). A tal efecto, les corresponde:

- a) Proponer los proyectos de su Dirección General para alcanzar los objetivos establecidos por el Ministro, dirigir su ejecución y controlar su adecuado cumplimiento.
- b) Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección General y las que le sean desconcentradas o delegadas.
- c) Proponer, en los restantes casos, al Ministro o al titular del órgano del que dependa, la resolución que estime procedente sobre los asuntos que afectan al órgano directivo.

d) Impulsar y supervisar las actividades que forman parte de la gestión ordinaria del órgano directivo y velar por el buen funcionamiento de los órganos y unidades dependientes y del personal integrado en los mismos.

e) Las demás atribuciones que le confieran las leyes y reglamentos.

Los Directores generales serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento. El nombramiento, que debe efectuarse de acuerdo con los criterios generales del artículo 6.10, recaerá en funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna la condición de funcionario. En relación con esta excepción, la jurisprudencia exige “justificación expresa” de la singularidad de las funciones por las cuales se exima a su titular de la exigencia de ser funcionario de carrera. Justificación que debe basarse en circunstancias demostrables y no en apelaciones puramente retóricas (SÁNCHEZ MORÓN).

## **7. Los Subdirectores generales**

Estos cargos directivos, que ya no se consideran altos cargos, son los responsables inmediatos, bajo la supervisión del Director general o del titular del órgano del que dependan, de la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que le sean asignados, así como de la gestión ordinaria de los asuntos de la competencia de la Subdirección General (art. 19 LOFAGE).

Son nombrados y cesados por el Ministro o el Secretario de Estado del que dependan entre funcionarios de carrera de la Administración General del

Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas cuando así lo prevean las normas de aplicación y que pertenezcan a Cuerpos y Escalas para los que se exija el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, de acuerdo con los criterios generales de nombramiento establecidos en el artículo 6.10.

#### **IV. LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO**

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 hizo necesaria la reforma de la Administración periférica del Estado, hasta ese momento centrada en la figura del Gobernador Civil y ajena, como es lógico, a la descentralización que provocó el nacimiento del Estado de las Autonomías.

A partir de 1978, varias circunstancias condicionaron la regulación de la Administración periférica, recogida en la LOFAGE:

- La nueva organización territorial del Estado, con el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (artículo 2 CE) y una organización territorial que incorpora, junto a las provincias y los municipios, a las Comunidades Autónomas, todas ellas dotadas de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos (artículo 137 CE).
- La proclamación constitucional del carácter vicarial de la Administración Pública, llamada a servir con objetividad los intereses generales, y obligada a actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE).
- La creación de la figura del Delegado del Gobierno, cuyo cometido constitucional es dirigir la Administración del Estado en el territorio e la Comunidad Autónoma y coordinarla, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad (artículo 154 CE).

Tras sucesivos intentos, la regulación de la Administración periférica se lleva a cabo en la LOFAGE, que se basa en los siguientes principios, a los que hace referencia el propio texto legal y, en ocasiones, su Exposición de Motivos:

- a) Aplicación a la Administración periférica de los principios constitucionales reconocidos con carácter general a las Administraciones Públicas en el artículo 103.1 CE, singularmente el de eficacia, descentralización y servicio al interés general.
- b) Reordenación de las estructuras administrativas atendiendo al principio de racionalidad y a la necesidad de evitar duplicidades en la gestión, mediante la simplificación de trámites y la reducción sustancial de la planta de la Administración Central del Estado, teniendo en cuenta el principio de economía en el gasto público consagrado en el artículo 31.2 CE.
- c) Mejora de la calidad de los servicios que se prestan a los ciudadanos, mediante procesos de simplificación administrativa y supresión de trámites innecesarios.
- d) Ordenación de la unidad de acción de la Administración del Estado en los territorios autonómicos, mediante la integración de la estructura territorial o periférica en las Delegaciones del Gobierno.

La propia LOFAGE contiene un mandato explícito de supresión, refundición o reestructuración de los órganos cuya subsistencia resulte innecesaria a la vista de las competencias transferidas o delegadas a las Comunidades Autónomas y, cuando proceda, atendiendo al marco competencial, a las Corporaciones locales, y de los medios y servicios traspasados a las mismas (art. 31 LOFAGE).



En este sentido, la LOFAGE establece con carácter general que “se integrarán en las Delegaciones del Gobierno todos los servicios territoriales de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos *salvo* aquellos casos en que por las singularidades de sus funciones o por el volumen de gestión resulte aconsejable su dependencia directa de los órganos centrales correspondientes, en aras de una mayor eficacia en su actuación” (artículo 33). Mediante el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, se procedió a integrar en las Delegaciones del Gobierno los servicios de diversos Ministerios, al tiempo que se reguló su estructura orgánica y se definieron sus áreas funcionales.

Los denominados “servicios no integrados” tienen su propia regulación en la LOFAGE (artículos 34 y 35), en la que se señala, sucintamente, lo siguiente:

1º) Los servicios no integrados en las Delegaciones del Gobierno se organizarán territorialmente atendiendo al mejor cumplimiento de sus fines y a la naturaleza de las funciones que deban desempeñar. A tal efecto la norma que determine su organización establecerá el ámbito idóneo para prestar dichos servicios.

2º) La organización de dichos servicios se establecerá por Real Decreto a propuesta conjunta del Ministro correspondiente y del Ministro de Administraciones Públicas, cuando contemple unidades con nivel de Subdirección General o equivalentes, o por Orden conjunta cuando afecte a órganos inferiores, en los términos referidos en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley.

3º) Los servicios no integrados dependerán del órgano central competente sobre el sector de actividad en el que aquéllos operen, el cual les fijará los objetivos concretos de actuación y controlará su ejecución, así como el funcionamiento de los servicios.

4º) Los titulares de los servicios estarán especialmente obligados a prestar toda la colaboración que precisen los Delegados del Gobierno y los Subdelegados del Gobierno para facilitar la dirección efectiva del funcionamiento de los servicios estatales.

Los órganos periféricos tienen sus distribuidas a lo largo del territorio nacional y desarrollan sus competencias en dos niveles territoriales diferentes:

a) de ámbito autonómico, a través de las Delegaciones del Gobierno en la Comunidad Autónoma (y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), cuya sede se encuentra generalmente en la misma localidad donde radique el Gobierno de la Comunidad Autónoma respectiva, salvo que el Consejo de Ministros o el correspondiente Estatuto de Autonomía dispongan otra cosa (art.22.3 LOFAGE);

b) de ámbito provincial o insular, a través de las Subdelegaciones del Gobierno en la provincia o las Direcciones Insulares (art. 32.1 LOFAGE).

En las Comunidades Autónomas uniprovinciales en las que no existe Subdelegación, el Delegado del Gobierno asume las competencias de los Subdelegados del Gobierno en las provincias. Excepcionalmente pueden crearse por Real Decreto Subdelegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales atendiendo a circunstancias tales como la población del territorio, el volumen de gestión o sus singularidades geográficas, sociales o económicas (artículo 29.1 LOFAGE).

## **V. LOS DELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Los Delegados del Gobierno están reconocidos en la Constitución española de 1978, que le asigna la dirección de la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinación, cuando proceda, con la Administración propia de la Comunidad (art. 154 CE).

La LOFAGE configura a los Delegados del Gobierno como órganos directivos con rango de Subsecretarios (artículo 6.3), nombrados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta de su Presidente (artículo 22.3), sin que se establezca para su persona ninguno de los requisitos antes referidos para otros órganos (condición de funcionario público, por ejemplo).

En cuanto a sus atribuciones, reguladas en los artículos 22 y siguientes de la LOFAGE, cabe destacar las siguientes, de acuerdo con la sistematización realizada por SÁNCHEZ MORÓN:

a) El Delegado del Gobierno protege el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas en el territorio de su competencia y a tal efecto le corresponde la *Jefatura de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* en el mismo, bajo dependencia funcional del Ministerio del Interior (artículo 23.3). Ésta es –dice el autor- su función más específica y notoria.

b) Un segundo conjunto de funciones se refiere a la *dirección de la Administración periférica del Estado* en la Comunidad Autónoma. Entre ellas:

- Dirigir la Delegación del Gobierno; nombrar a los Subdelegados del Gobierno en las provincias y dirigir y coordinar como superior jerárquico la actividad de aquéllos; impulsar y supervisar, con carácter general, la actividad de los restantes órganos de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos en el territorio de la Comunidad Autónoma; e informar de las propuestas de nombramiento de los titulares de órganos territoriales de la Administración General del Estado y los Organismos

públicos de ámbito autonómico y provincial, no integrados en la Delegación del Gobierno (artículo 23.1).

- Formular a los Ministerios competentes, en cada caso, las propuestas que estime convenientes sobre los objetivos contenidos en los planes y programas que hayan de ejecutar los servicios territoriales y los de sus Organismos públicos, e informar, regular y periódicamente, a los Ministerios competentes sobre la gestión de sus servicios territoriales (artículo 23.2).

- Elevar, con carácter anual, un informe al Gobierno, a través del Ministro de las Administraciones Públicas, sobre el funcionamiento de los servicios públicos estatales y su evaluación global (artículo 23.4).

- Suspender la ejecución de los actos impugnados dictados por los órganos de la Delegación del Gobierno, cuando le corresponda resolver el recurso, conforme al artículo 111.2 de la Ley 30/1992, y proponer la suspensión en los restantes casos, así como respecto de los actos impugnados dictados por los servicios no integrados en la Delegación del Gobierno (artículo 23.5 ).

- Velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado y la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legalmente procedentes (artículo 23.6).

- Ejercer las potestades sancionadoras, expropiatorias y cualesquiera otras que les confieran las normas o que les sean desconcentradas o delegadas (artículo 23.7).

c) El Delegado del Gobierno tiene funciones de *información a los ciudadanos* sobre las actividades del Gobierno y de la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma y promueve la colaboración con las demás Administraciones en materia de información al ciudadano (art.24).

d) Por último, mantiene las necesarias *relaciones con otras Administraciones Públicas*. Por un lado, relaciones de *cooperación y coordinación con la Administración de la Comunidad Autónoma*, transmitiendo información, participando en las Comisiones mixtas de transferencias y otras Comisiones de cooperación bilateral y promoviendo convenios de colaboración y otras fórmulas de cooperación. Por otro lado, funciones de *cooperación con las Entidades locales* en el territorio de la Comunidad Autónoma, en particular, en relación a los programas de financiación estatal (artículos 22.2 y 27).

## **VI. LOS SUBDELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS PROVINCIAS Y LOS DIRECTORES INSULARES**

### **1. Los Subdelegados del Gobierno en las provincias**

Los Subdelegados del Gobierno existen en todas las provincias en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, aunque también es posible que mediante Real Decreto se cree una Subdelegación del Gobierno en Comunidades Autónomas uniprovinciales, como es el caso de la de Madrid (Real Decreto 466/2003, de 25 de abril).

Los Subdelegados son nombrados por el Delegado del Gobierno, de quién dependen, por el procedimiento de libre designación entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, a los que se exija, para su ingreso, el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente (artículo 29 LOFAGE).

El Subdelegado del Gobierno, en las provincias en que no radique la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma, dirige las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los servicios de protección civil, aunque bajo la dirección y supervisión del Delegado del Gobierno. Esta función puede ser delegada también en el Subdelegado del Gobierno si existe en la misma provincia en que tiene su sede la Delegación del Gobierno (art. 29.3 LOFAGE).

Las funciones que corresponden al Subdelegado del Gobierno, siempre bajo la dirección e instrucciones del Delegado del Gobierno, son las siguientes:

- a) Dirigir en su caso, los servicios integrados de la Administración General del Estado, de acuerdo con las instrucciones del Delegado del Gobierno.
- b) Impulsar, supervisar e inspeccionar los servicios no integrados.
- c) Desempeñar las funciones de comunicación, colaboración y cooperación con las Corporaciones locales y en particular, informar sobre la incidencia en el territorio de los programas de financiación estatal.
- d) Mantener, por iniciativa y de acuerdo con las instrucciones del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, relaciones de comunicación, cooperación y colaboración con los órganos territoriales de la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma que tenga su sede en el territorio provincial.
- e) Ejercer las competencias sancionadoras que se les atribuyan normativamente.

En las provincias en las que no radique la sede de las Delegaciones del Gobierno, el Subdelegado del Gobierno, bajo la dirección y la supervisión del Delegado del Gobierno, ejercerá las siguientes competencias:

a) La protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana, todo ello dentro de las competencias estatales en la materia. A estos efectos dirigirá las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la provincia.

b) La dirección y la coordinación de la protección civil en el ámbito de la provincia.

En la provincia en la que radique la sede de la Delegación del Gobierno, los Subdelegados del Gobierno podrán ejercer las anteriores competencias previa delegación del Delegado del Gobierno, y en todo caso bajo la dirección y supervisión del mismo.

El nombramiento y cese de los Subdelegados del Gobierno, su régimen administrativo y retributivo, la suplencia y sus competencias son regulados pormenorizadamente en el Real Decreto 617/1997, de 25 de abril.

## **2. Los Directores Insulares**

La LOFAGE remite al Reglamento para determinar las islas en las que existirá la figura de los Directores Insulares. El artículo 6 del Real Decreto 617/1997, de 25 de abril, concreta que habrá de existir esta figura en las islas de Menorca, Ibiza-Formentera, Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, el Hierro y la Gomera.

Los Directores Insulares son nombrados por el Delegado del Gobierno por el procedimiento de libre designación entre los funcionarios de carrera del Estado, la Comunidad Autónoma o las Entidades Locales a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, o el título de Ingeniero técnico, Arquitecto técnico, Diplomado Universitario o equivalente. Dependen jerárquicamente del Delegado del

Gobierno en la Comunidad Autónoma o del Subdelegado del Gobierno en la provincia, cuando este cargo exista, y ejercen, en su ámbito territorial, las competencias atribuidas por esta Ley a los Subdelegados del Gobierno en las provincias (artículo 30 LOFAGE).

El Real Decreto 617/1997 antes citado regula pormenorizadamente el nombramiento y cese de los Directores Insulares, su régimen administrativo, el régimen de suplencia y sus competencias (artículos 7 a 10).

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

AA.VV., *Tratado del Sector Público Estatal*, 1ª ed., La Ley, 2010.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**





# **12. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL ESTADO. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES. LAS AGENCIAS ESTATALES.**

## **TEMA 12. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL ESTADO. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES. LAS AGENCIAS ESTATALES.**

### **I. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL ESTADO**

De acuerdo con el artículo 41 LOFAGE, son organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado para la realización de actividades de ejecución o gestión (administrativas, de fomento, de prestación o de contenido económico) cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional.

Los organismos públicos tienen personalidad jurídica pública diferenciada y patrimonio y tesorería propios (art. 42.1 LOFAGE). Además, gozan de “autonomía de gestión” (art. 42. 1 LOFAGE), aunque se trata de una autonomía limitada, en expresión de SÁNCHEZ MORÓN, en dos sentidos: por un lado, dependen de una Administración territorial o de otro organismo o ente público que ejerce sobre ellos la dirección estratégica, evaluación y control de resultados (art. 43.2 y 3 LOFAGE); por otro lado, se ajustan al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan asignados (art. 44.1 LOFAGE).

Les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que dispongan sus estatutos, con excepción de la potestad expropiatoria (art. 42.2) y pueden llegar a tener potestad “reglamentaria” para ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones legales o reglamentarias que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio (art. 42.2, párrafo 2º LOFAGE).

La LOFAGE distingue tres tipos de organismos públicos: Organismos

autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias Estatales.

## **II. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS**

SANCHEZ MORON atribuye a los Organismos públicos dos notas características:

- Una, de naturaleza sustantiva, relativa al tipo de actividad que les corresponde: son organismos públicos que realizan actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos, es decir, actividades típicamente administrativas.
- Otra, de régimen jurídico: son organismos que se rigen por el Derecho administrativo tanto en los aspectos referidos a su organización interna como a su actividad y relaciones externas.

### **1. Creación, constitución, modificación, extinción y supresión**

La creación de los Organismos autónomos debe efectuarse por ley (art. 61.1 LOFAGE). Esta ley deberá indicar el tipo de Organismo público que crea (organismo autónomo, en este caso), sus fines generales, el Ministerio de adscripción y, en su caso, los recursos económicos y las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

Los estatutos de los Organismos autónomos deben regular los siguientes extremos, recogidos en el art. 62 LOFAGE:

- a) La determinación de los máximos órganos de dirección del Organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con indicación de aquellos cuyos actos y resoluciones agoten la vía administrativa. La configuración de los órganos colegiados, si los hubiese,

debe concretar las siguientes especificaciones: sus fines u objetivos, su integración administrativa o dependencia jerárquica, la composición y los criterios para la designación de su presidente y de los restantes miembros, las funciones de decisión, propuesta, informe, seguimiento o control, así como cualquier otra que se le atribuya, y, por último, la dotación de los créditos necesarios, en caso, para su funcionamiento.

b) Las funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos.

c) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el Organismo.

d) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

e) El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad, que será, en todo caso, el establecido en la LGP.

f) La facultad de creación o participación en sociedades mercantiles cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

El Plan inicial de actuación del Organismo público, que será aprobado por el titular del Departamento ministerial del que dependa, deberá contar con el previo informe favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y su contenido, que se determinará reglamentariamente, incluirá en todo caso, los objetivos que el Organismo deba alcanzar en el área de actividad encomendada y los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento del

Organismo (art. 62.2 LOFAGE).

Los estatutos se aprobarán por real decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del titular del Ministerio de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y deberán ser publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo correspondiente.

Respecto a la modificación y refundición de Organismos Autónomos, la LOFAGE prevé los siguientes supuestos:

a) Se exige una Ley cuando la modificación suponga la alteración de sus fines generales, del tipo de organismo público o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos, al régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley (art. 63.1 LOFAGE).

b) El resto de las modificaciones puede ser realizada mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los Ministros de Política Territorial y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del Ministro o Ministros de adscripción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo (art. 63.2 LOFAGE).

3) Cuando la modificación afecte a la organización del Organismo público se llevará a cabo por Real Decreto, a iniciativa del Ministro de adscripción, y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas (art. 63.3 LOFAGE).

En todos los casos de refundición, el Ministerio que adopte la iniciativa deberá acompañar el Plan de actuación correspondiente.

En cuanto a la extinción del organismo autónomo, puede producirse por determinación de una Ley o mediante Real Decreto acordado en Consejo

de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda y a iniciativa del Ministro de adscirpción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo. La LOFAGE concreta los supuestos en que la extinción puede hacerse por Real Decreto:

- por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la Ley de creación;
- porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por los servicios de la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas; y
- porque sus fines hayan sido totalmente cumplidos, de forma que no se justifique la pervivencia del Organismo público.

En todos los casos, la norma establecerá las medidas aplicables al personal afectado y dispondrá la integración en el Patrimonio del Estado de los bienes y derechos sobrantes de la liquidación.

## 2. Recursos económicos y régimen patrimonial

Los organismos autónomos disponen de recursos económicos para el cumplimiento de sus fines. La LOFAGE determina las fuentes de las que pueden provenir estos recursos (art. 65): los bienes y valores que constituyen su patrimonio; los productos y rentas de dicho patrimonio; las consignaciones específicas que tuvieran asignadas en los Presupuestos Generales del Estado; las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas; los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan; las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares; y cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.

El régimen patrimonial de los Organismos autónomos será el establecido en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, a tenor del art. 48 LOFAGE. La redacción de este precepto procede de una modificación operada por la aprobación de la Ley 33/2003, que, con el ánimo de reconducir la situación existente de fragmentación normativa, opta por el principio de unidad de todo el patrimonio de la Administración y somete al texto legal el régimen jurídico patrimonial no solo de la Administración General del Estado, sino también de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma (art. 2 LPAP). De ahí que se declare que el Patrimonio del Estado está integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma (art. 9 LPAP).

Corresponde a los organismos públicos la gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado de su titularidad, de acuerdo con lo señalado en sus normas de creación o de organización y funcionamiento o en sus estatutos y con sujeción en todo caso a lo establecido para dichos bienes y derechos en la LPAP. En concreto, según el art. 10.6 LPAP corresponde a los organismos públicos:

- ejecutar la política patrimonial aprobada por el Gobierno y aplicar las directrices e instrucciones dictadas por el Ministro de Hacienda;
- ejercer la vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación, y demás actuaciones que requieran el correcto uso de los bienes y derechos propios del organismo o adscritos al mismo, o cuya administración y gestión les corresponda;
- ejercer la administración, gestión y recaudación de los derechos económicos que perciban por la utilización privativa del dominio público propio o adscrito o cuya administración y gestión les corresponda;

- solicitar del Ministro de Economía y Hacienda la adscripción de bienes y derechos para el cumplimiento de los fines y funciones públicos que tengan encomendados, y su desadscripción cuando dejen de serles necesarios;
- gestionar sus bienes propios de acuerdo con lo establecido en la ley reguladora del organismo, en la LPAP y en sus normas de desarrollo;
- instar la incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado de sus bienes inmuebles cuando éstos dejen de ser necesarios para el cumplimiento de sus fines y así sea procedente conforme a lo señalado en el art. 80 LPAP.

### 3. Régimen de contratación

Se aplica a los organismos autónomos el régimen propio de contratación de las Administraciones públicas [art. 49 LOFAGE y art. 3.2.b) LCSP], correspondiendo al titular del Ministerio al que esté adscrito el Organismo autónomo la autorización de la celebración de aquellos contratos cuya cuantía exceda de la previamente fijada por aquél. El estatuto de cada organismo determinará las cuantías de los contratos para cuya celebración están autorizados los distintos órganos del organismo, normalmente distribuidas entre el Presidente y el director.

### 4. Régimen del personal a su servicio

El art. 47.1 LOFAGE dispone que el personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario o laboral, en los términos establecidos para la Administración General del Estado. Es decir, resultan aplicables las disposiciones de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto del Empleado público, que en su art. 2.1 incluye en su ámbito de aplicación al personal al servicio de los Organismos Públicos, Agencias y



demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

No obstante, la ley de creación excepcionalmente podrá establecer peculiaridades del régimen de personal del organismo autónomo en materia de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad (art. 47.3 LOFAGE).

El Organismo autónomo estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su ley de creación (art. 47.4 LOFAGE).

## 5. Régimen presupuestario y financiero

El art. 50 LOFAGE establece que el régimen presupuestario, económico financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de los organismos autónomos será el establecido en la Ley General Presupuestaria (LGP).

En este sentido, el art. 149 LGP dispone que la función interventora se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado y sus interventores delegados respecto de los actos realizados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (apartado 1 ).

No obstante, el Consejo de Ministros, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado, podrá acordar de forma motivada la aplicación del control financiero permanente, en sustitución de la función interventora, respecto de toda la actividad del organismo o de algunas

áreas de gestión, en aquellos organismos autónomos en los que la naturaleza de sus actividades lo justifique (apartado 2). Este control permanente, de acuerdo con el art. 157 LGP, tendrá por objeto la verificación de una forma continua realizada a través de la correspondiente intervención delegada, de la situación y el funcionamiento de los organismos autónomos, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero.

## 6. Control de eficacia

Además del control que corresponde a la Intervención General del Estado conforme a la LGP, el art. 51 LOFAGE recoge el control que corresponde al Ministerio de adscripción, que tiene por objeto comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

## 7. Impugnación de sus actos

La LOFAGE dispone que los actos y resoluciones de los Organismos autónomos son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 52.1). Por lo tanto, habrá que atender a la estructura organizativa interna, que será la que determinará la subordinación jerárquica de órganos que compongan el organismo autónomo y, por tanto, ante quién procede recurrir en alzada. Con carácter general, la DA 15ª LOFAGE determina que agotan la vía administrativa los actos emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales serán resueltas por el órgano máximo del Organismo autónomo, salvo que su Estatuto asigne la competencia a uno de los órganos superiores del Ministerio de adscripción.

En vía judicial, el art. 19.1.g) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al regular la legitimación ante este orden jurisdiccional, legitima a 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. El ámbito propio de sus fines vendrá determinado por lo dispuesto en el art. 45.1 LOFAGE, esto es, por la ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

Ahora bien, el art. 20 c) LJCA establece que no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública las Entidades de Derecho público que sean dependientes o esté 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.

### **III. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES**

Atendiendo a las dos notas caracterizadoras de los organismos autónomos citadas al comienzo del epígrafe anterior, pueden establecerse las peculiaridades de esta segunda clase de organismos públicos:

- En primer lugar, y en relación al tipo de actividades que les corresponden, las entidades públicas empresariales gestionan servicios o producen bienes

de interés público susceptibles de contraprestación (art. 53.1 LOFAGE). No obstante, SÁNCHEZ MORÓN considera que este criterio no siempre es claro, puesto que, según el art. 53.1 LOFAGE, también los organismos autónomos pueden ser autorizados a obtener ingresos propios por las actividades que realicen (mediante precios públicos, por ejemplo). Pero lo que se quiere decir, aclara este autor, es que la actividad de aquellas entidades tiene una naturaleza y una finalidad más empresarial, en ocasiones obvia (RENFE, ADIF -Administrador de Infraestructuras Ferroviarias-, AENA - Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea-, ICO - Instituto de Crédito Oficial-) y otras no tanto (SASEMAR -Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima). Sin embargo, la tendencia de los últimos tiempos a buscar una mayor flexibilidad de régimen jurídico y autonomía de gestión conduce a clasificar entre este tipo de entidades a algunos entes cuya naturaleza empresarial es muy dudosa.

- En segundo lugar, en cuanto a su régimen jurídico, las entidades públicas empresariales, aún siendo públicas, se rigen por el Derecho privado, a excepción de lo que se refiere a la formación de la voluntad de sus órganos y al ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas (art. 53. 2 LOFAGE), así como a su régimen presupuestario, económico-financiero y de contabilidad, incluida la intervención y control financiero, que se rigen por la LGP (ART. 58 LOFAGE).

Es aplicable a las Entidades Públicas Empresariales lo dispuesto para los organismos autónomos con las particularidades que se exponen a continuación.

#### 1. Régimen patrimonial:

Respecto del marco normativo de las entidades públicas empresariales en materia patrimonial, según el art. 167. 1 LPAP, en cuanto a la gestión se encontrarán sujetos a la LPAP, siendo aplicable supletoriamente el Derecho

privado, excepto en el caso de bienes de dominio público, respecto de los cuales regirán las normas reguladoras de los mismos. Por lo que se refiere a la amplitud del término gestión aludido, cabe señalar que el art. 111.2 de la LPAP, se puede entender que comprende, entre otros negocios, los de adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuta.

De tal manera, la gestión patrimonial se regirá, en el caso de los bienes demaniales, en primer lugar, por las normas reguladoras de los mismos. Tales normas serán, según el art. 54. 2 LPAP, las Leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación, y subsidiariamente, la propia LPAP y las disposiciones que la desarrollen y complementen, las normas generales de Derecho administrativo y las normas de Derecho privado, por el orden expuesto. Por su parte, en el caso de los bienes patrimoniales, las normas aplicables a la gestión serán las de la LPAP y sólo subsidiariamente, las reglas de Derecho privado.

En los restantes aspectos patrimoniales que no se refieran a la gestión, de acuerdo con el art. 2.1 LPAP, regirá la propia LPAP.

## 2. Régimen de contratación:

La LOFAGE se remite, como hace respecto a los organismos autónomos, a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (art. 57.1).

Es preciso, no obstante, conocer el grado de sometimiento de las entidades públicas empresariales a la LCSP. Para ello, debemos partir de la categorización que esta ley hace del llamado “sector público”, que no se corresponde con la que dispone la LOFAGE. Efectivamente, a diferencia de la LOFAGE, que no plantea dudas sobre la consideración de las entidades públicas empresariales como Administración Pública, la LCSP niega expresamente este carácter en su art. 3.2 al señalar que “no tendrán la

consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales” (art. 3.2 *in fine*). Dicho lo cual, las entidades públicas empresariales sujetarán su contratación al Derecho privado salvo cuando tengan la consideración de “poder adjudicador” (art. 3.3.b LCSP), es decir:

- Si hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- Si, además, se da alguna de estas tres circunstancias: que una o varias Administraciones o poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; que una o varias Administraciones o poderes adjudicadores controlen su gestión; o que una o varias Administraciones o poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.

Así lo ha establecido una Instrucción de 2008 de la Dirección de los Servicios Jurídicos del Estado sobre la interpretación del complejo régimen de la LCSP. La clave será, por tanto, la calificación que merezca su actividad y, en concreto, si tiene carácter industrial o mercantil, como viene haciendo el TJUE.

### 3. Régimen del personal a su servicio

A tenor del art. 55 LOFAGE, el personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en el propio artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se regirán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación. Las especificaciones mencionadas son las que se exponen a continuación.

En primer lugar, la selección del personal laboral (art. 55.2) se regirá por las siguientes reglas:

a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 10 del art. 6 de esta Ley, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. Señala el citado art. 6 LOFAGE para el nombramiento de los titulares de los órganos directivos los “criterios de competencia profesional y experiencia”, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones: a) la responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada; y b) la sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la LGP.

b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En segundo lugar, la determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, requerirán el informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Estos Ministerios podrán efectuarán, con la periodicidad adecuada, controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, conforme a los criterios previamente establecidos por los mismos.

Por último, la ley de creación de cada entidad pública empresarial deberá determinar las condiciones conforme a las cuales los funcionarios de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, podrán cubrir destinos en la referida entidad, y establecerá, asimismo, las competencias que a la misma correspondan sobre este personal que, en todo caso, serán, las que tengan legalmente atribuidas los Organismos autónomos.

#### 4. Régimen presupuestario y financiero

La LOFAGE se remite a la LGP. Esta ley incluye en sus art. 2 y 3 a las entidades públicas empresariales y les dedica los artículos 64 a 68.

Estos preceptos establecen diferentes instrumentos de control:

a) Las entidades públicas empresariales elaborarán un presupuesto de explotación que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes y un presupuesto de capital con el mismo detalle, que se integrarán en los Presupuestos Generales del Estado.

b) Las entidades formularán anualmente un programa de actuación plurianual, que reflejará los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según las líneas estratégicas y objetivos definidos para la entidad.

Los presupuestos de explotación y de capital junto con los programas de actuación plurianual se remitirán telemáticamente por las entidades a través del departamento del que dependan funcionalmente, al Ministerio de Economía y Hacienda.

Las entidades públicas empresariales dirigirán su funcionamiento a la consecución de los objetivos emanados de los planteamientos reflejados en sus presupuestos de explotación y capital y en sus programas de actuación plurianual, en su caso, de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia.

#### 5. Control de eficacia



Con muy pocos matices respecto a lo dispuesto para los organismos autónomos, el art. 59 LOFAGE dispone que las entidades públicas empresariales están sometidas a un control de eficacia que será ejercido por el Ministerio y, *en su caso, por el Organismo público al que están adscritas*, sin perjuicio del control establecido al respecto por la LGP. El control del cumplimiento de los compromisos específicos que, en su caso, hubiere asumido la entidad pública en un convenio o contrato-programa, corresponderá además a la Comisión de seguimiento regulada en el propio convenio o contrato-programa, y al Ministerio de Economía y Hacienda en los supuestos previstos al efecto por la LGP.

#### **IV. LAS AGENCIAS ESTATALES**

Las agencias estatales son un tipo de organismo público estatal creadas por Ley 28/2006, de 18 de julio (LAE). Aunque ya existían organismos públicos con la denominación de Agencia (AEAT – Agencia Estatal de Administración Tributaria- por ejemplo), la Ley 28/2006 ha querido otorgar esta denominación a un nuevo tipo de organismo público estatal.

Las razones que llevaron al legislador estatal a regular este tipo de organismo público se describen con mucha claridad en la Exposición de Motivos de la Ley, en la que puede leerse:

“Se hace pues necesario incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general, *dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión*, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de *control de eficacia* y promueva una *cultura de responsabilización por resultados* ... Dicha fórmula ... permitirá implantar un *modelo de gestión que equilibre adecuadamente los principios de autonomía, control y responsabilización por resultados*, así como establecer un *régimen general lo suficientemente operativo para dar cabida a aquellos Organismos para los que la categoría de Organismo Autónomo es*

*insuficiente, sin tener que acudir, como sucede en la actualidad, a soluciones particulares para cada caso ... una nueva cultura de gestión que ha de apoyarse en el cumplimiento de objetivos claros, medibles y orientados hacia la mejora en la prestación del servicio, con las consiguientes ventajas para los usuarios y para los contribuyentes. Una de estas ventajas es el fortalecimiento de los mecanismos de la responsabilización por objetivos en la gestión pública: se trata de configurar a la Agencia Estatal como una organización dotada de una capacidad de decisión sobre los recursos asignados y de un nivel de autonomía en su funcionamiento que son las premisas necesarias para que se le pueda exigir una responsabilidad efectiva sobre el cumplimiento de los objetivos que tiene encomendados ... Por último, hay que señalar que las Agencias Estatales no van a ser, sin más, un nuevo tipo de Organismo Público, sino la fórmula organizativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos Organismos públicos existentes en la actualidad, cuya actividad y funciones se ajusten al concepto de Agencia Estatal y se estime oportuno y más eficaz su transformación en este tipo de Organismo público".*

La singularidad de las agencias estatales es que se pretenden configurar como el instrumento de una gestión pública transparente por objetivos. En consecuencia, su actividad se rige por un programa plurianual, que deben aprobar los Ministerios competentes. Ello conlleva también algunas peculiaridades del régimen de su personal y de sus directivos, cuyas retribuciones quedan vinculadas en parte al cumplimiento de los objetivos fijados.

La Ley 28/2006 contiene un listado de agencias, la mayoría de ellas antiguos organismos autónomos, pero su efectiva creación depende de la aprobación de sus estatutos, por lo que mientras tal aprobación no se produzca, conservan su naturaleza anterior. La primera en crearse ha sido la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, actualmente adscrita al Ministerio de la Presidencia (RD 1.418, de

1 de diciembre), a las que han seguido otras, como, por ejemplo, BOE, CSIC, Agencia Estatal de Seguridad Aérea, Agencia Estatal de Meteorología, etc.).

## 1. Creación, modificación y extinción

De acuerdo con el art. 3 LAE, la creación de Agencias Estatales requiere autorización por Ley y se produce con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda.

La Ley que autorice la creación establecerá el objeto de la Agencia Estatal y sus fines generales. El anteproyecto de ley de autorización de la creación de la Agencia Estatal que se presente al Gobierno deberá ser acompañado del proyecto de Estatuto y de la Memoria.

La Memoria deberá precisar el objeto de la Agencia Estatal a crear, justificando la previa determinación de aquél por la Ley, y los objetivos perseguidos con su creación. Se indicarán, asimismo, las consecuencias organizativas y económico-financieras derivadas de la creación de las Agencias, así como información sobre el rango orgánico de sus órganos directivos, en su caso; los recursos humanos necesarios, las retribuciones del personal y la propuesta del marco de actuación en materia de recursos humanos.

La Memoria contendrá el plan inicial de actuación de la Agencia hasta tanto se apruebe el Contrato de gestión al que más adelante se hará referencia.

El Estatuto deberá tener, en todo caso, el siguiente contenido:

a) Las funciones a desarrollar por la Agencia Estatal y, en su caso, las facultades decisorias correspondientes a las competencias de la

Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos que se atribuyan a dicha Agencia.

b) La determinación de la sede, estructura orgánica, con la concreción, en su caso, de los otros órganos de gobierno que se creen, así como las facultades de cada uno de ellos y la forma de designación de sus componentes, régimen de funcionamiento y desarrollo de la actividad, con indicación de aquellos cuyos actos y resoluciones son definitivos en vía administrativa.

c) Los medios personales, materiales y económico-financieros y patrimonio que se le adscriben.

d) La determinación del carácter temporal, en su caso, de la Agencia a crear, con especificación de los objetivos a que se vincula la vida de aquélla o del plazo en que se fija su duración.

De acuerdo con el art. 6 LAE, las Agencias Estatales se extinguen por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el Estatuto o el cumplimiento de sus fines o de los objetivos para los que fueron creadas, o que sus competencias sean asumidas por las Comunidades Autónomas.

Asimismo, las Agencias Estatales se suprimen mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, que determinará el destino de los bienes, y las medidas aplicables al personal en el marco de la legislación reguladora de cada tipo de personal.

## 2. Gestión transparente por objetivos

La actuación de las Agencias Estatales se produce, con arreglo al plan de

acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión a que se refiere el art. 13.

El Contrato de gestión ha de establecer, como mínimo y para el período de su vigencia, los siguientes extremos:

- a) Los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar.
- b) Los planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales correspondientes y de los proyectos asociados a cada una de las estrategias y sus plazos temporales, así como los indicadores para evaluar los resultados obtenidos.
- c) Las previsiones máximas de plantilla de personal y el marco de actuación en materia de gestión de recursos humanos.
- d) Los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos.
- e) Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos por lo que hace a exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y el personal directivo, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral. El Contrato de gestión deberá prever, asimismo, los mecanismos que permitan la exigencia de responsabilidades por incumplimiento de objetivos.
- f) El procedimiento a seguir para la cobertura de los déficit anuales que, en su caso, se pudieran producir por insuficiencia de los ingresos reales respecto de los estimados y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que, en su caso, deban seguirse de tales déficit.

g) El procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan.

### 3. Contratación

La contratación de las Agencias Estatales se rige por la normativa aplicable al sector público (art. 16 LAE). La doctrina ha cubierto la escasa regulación de la LAE con una adecuada interpretación del contenido de la LCSP a fin de determinar si las Agencias estatales pueden tener la consideración de poder adjudicador, de acuerdo con los criterios establecidos anteriormente respecto a las entidades públicas empresariales. No existiendo dudas respecto a la finalidad de las Agencias de cubrir necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, será preciso determinar caso por caso si se da el cumplimiento de alguno de los requisitos alternativos ya citados: que una o varias Administraciones o poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; que una o varias Administraciones o poderes adjudicadores controlen su gestión; o que una o varias Administraciones o poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.

### 4. Patrimonio

Dispone el artículo 17 LAE que las Agencias Estatales tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto del de la Administración General del Estado, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares.

La gestión y administración de los bienes y derechos propios, así como de aquéllos del Patrimonio del Estado que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con lo señalado en sus

estatutos, con sujeción, en todo caso, a lo establecido para los organismos públicos en la LPAP.

Los Estatutos de las Agencias Estatales podrán prever que los bienes inmuebles propios de éstas que dejen de ser necesarios para el cumplimiento de sus fines puedan ser enajenados por las mismas, previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda.

## 5. Personal

El personal al servicio de las Agencias Estatales (art. 18) está constituido por:

- a) El personal que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia Estatal en el momento de su constitución y el personal que se incorpore a la Agencia Estatal desde cualquier Administración pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en esta Ley. Este personal mantiene la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable.
- b) El personal seleccionado por la Agencia Estatal, que se regirá rige por la normativa laboral. La selección se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad (art. 19).
- c) El personal directivo (art. 23), que ocupará los puestos de trabajo determinados como tales en el Estatuto de las mismas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas. Este personal es nombrado y cesado por su Consejo Rector a propuesta de sus órganos ejecutivos, atendiendo a criterios de

competencia profesional y experiencia entre titulados superiores preferentemente funcionarios, y mediante procedimiento que garantice el mérito, la capacidad y la publicidad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estatuto de las Agencias Estatales puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección.

El personal directivo está sujeto, en el desarrollo de sus cometidos, a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia, eficiencia y cumplimiento de la legalidad, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados. Percibirá una parte de su retribución como incentivo de rendimiento, mediante el complemento correspondiente que valore la productividad, de acuerdo con los criterios y porcentajes que se establezcan por el Consejo Rector, a propuesta de los órganos directivos de la Agencia Estatal.

## 6. Recursos económico-financieros

Las Agencias Estatales se financian con los siguientes recursos (art. 24):

- a) Las transferencias consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.
- b) Los ingresos propios que perciba como contraprestación por las actividades que pueda realizar, en virtud de contratos, convenios o disposición legal, para otras entidades públicas, privadas o personas físicas.
- c) La enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio.
- d) El rendimiento procedente de sus bienes y valores.



- e) Las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias y legados y otras aportaciones a título gratuito de entidades privadas y de particulares.
- f) Los ingresos recibidos de personas físicas o jurídicas como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones.
- g) Los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir.
- h) Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.

En aquellos supuestos expresamente previstos en los Estatutos, y sólo en la medida que tengan capacidad para generar recursos propios suficientes, las Agencias podrán financiarse con cargo a los créditos previstos en el Capítulo VIII de los Presupuestos Generales del Estado adjudicados de acuerdo con procedimientos de pública concurrencia y destinados a financiar proyectos de investigación y desarrollo. La Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio establecerá los límites de esta financiación.

Por expresa disposición de la LAE (art. 25), el recurso al endeudamiento está prohibido a las Agencias Estatales, salvo que por Ley se disponga lo contrario. No obstante, y con objeto de atender desfases temporales de tesorería, las Agencias Estatales pueden recurrir a la contratación de pólizas de crédito o préstamo, siempre que el saldo vivo no supere el 5% de su presupuesto.

## 7. Gestión económico-financiera

El Consejo Rector elaborará y aprobará el anteproyecto de presupuesto de la Agencia, que será remitido al Ministerio de adscripción para su examen y posterior traslado del mismo al Ministerio de Economía y Hacienda. Una vez

analizado por este último departamento ministerial, el anteproyecto se incorpora al de Presupuestos Generales del Estado para su aprobación por el Consejo de Ministros y remisión a las Cortes Generales, consolidándose con el de las restantes entidades que integran el sector público estatal (art. 26).

La ejecución del presupuesto de las Agencias Estatales corresponde a sus órganos ejecutivos, que elaboran y remiten a una Comisión de Control, mensualmente, un estado de ejecución presupuestaria.

Las cuentas anuales de las Agencias Estatales se formulan por su Director en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio económico. Una vez auditadas dichas cuentas por la Intervención General de la Administración del Estado son sometidas al Consejo Rector, para su aprobación antes del 30 de junio del año siguiente al que se refieran. Una vez aprobadas por el Consejo Rector, las cuentas se remitirán a través de la Intervención General de la Administración del Estado al Tribunal de Cuentas para su fiscalización (art. 30).

El control externo de la gestión económico-financiera de las Agencias Estatales corresponde al Tribunal de Cuentas de acuerdo con su normativa específica. El control interno de la gestión económico-financiera de las Agencias Estatales corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, y se realizará bajo las modalidades de control financiero permanente y de auditoría pública, en las condiciones y en los términos establecidos en la Ley General Presupuestaria. El control financiero permanente se realizará por las Intervenciones Delegadas en las Agencias Estatales, bajo la dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado.

Además, las Agencias Estatales estarán sometidas a un control de eficacia que será ejercido, a través del seguimiento del contrato de gestión, por los

Ministerios de adscripción. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados (art. 31).

## 8. Impugnación de sus actos

La LAE se limita a establecer que los actos del Consejo Rector y del Director de la Agencia agotan la vía administrativa. Contra ellos cabe recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

AA.VV., *Tratado del Sector Público Estatal*, 1ª ed., La Ley, 2010.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**

# **13. LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL.**

## **TEMA 13.- LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

### **1.-LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES**

El artículo 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, estableciendo que “mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en el caso del monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiera el interés general”. Se manifiesta así la posibilidad del Estado de intervenir como un agente económico o como empresario en el ámbito socio-económico. En esta línea, la STS de 10 de octubre de 1989 ha precisado el contenido y los límites de la iniciativa pública empresarial, al señalar que la creación de empresas públicas para fines comerciales, que es legalmente posible, está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciada en el momento de la creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo, ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado. Desde este punto de vista, estamos ante entidades dotadas de personalidad jurídica regidas por el derecho privado incardinadas en el sector público.

El artículo 2º de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria especifica que el sector público estatal está integrado por:



- a. La Administración General del Estado.
- b. Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- c. Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d. Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados.
- e. Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- f. Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- g. Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b y c de este apartado.
- h. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6.5 de la Ley 30/1992 y 87 de la LBRL cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

Conforme al artículo 3º de dicha ley, las sociedades mercantiles estatales se integran en el sector público empresarial y son identificadas en el artículo 166,1.c) de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) como “aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público (estatal, autonómico o local), sea superior al 50 por cien”. Además se refiere la ley también, artículo 166.2, a “las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”. Conforme al artículo 167.2 de la LPAP, las sociedades mercantiles estatales ajustarán la gestión

de su patrimonio al Derecho privado sin perjuicio de las disposiciones de esta ley que les resulten expresamente de aplicación.

El Capítulo II del Título VII de la Ley 33/ 2003 regula las disposiciones especiales para las sociedades mercantiles estatales a que se refiere el artículo 166.2, es decir, a las que adopten la forma de sociedades anónimas y sean en su totalidad de titularidad estatal.

En primer lugar, el Consejo de Ministros al autorizar la constitución de una de estas sociedades puede atribuir a un Ministerio con competencias en la materia que constituye el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma. No existiendo tal atribución la tutela corresponderá al Ministerio de Hacienda.

Conforme al artículo 177 de la LPAP el ministerio de tutela ejercerá el control funcional y de eficacia de esas sociedades estatales siendo el responsable de dar cuenta de sus actuaciones a las Cortes Generales, todo ello sin perjuicio de las competencias de la Intervención General del Estado. En casos excepcionales dice el artículo 178 que el Ministro que ejerce la tutela podrá dar instrucciones a las sociedades del artículo 166.2 para la realización de actividades de interés público. El Ministro al que corresponde la tutela de la sociedad propone al Ministro de Hacienda el nombramiento de los administradores, artículo 180, y propone al Consejo de Administración el de presidente del consejo de administración y el de consejero delegado, artículo 181.

Finalmente hay que mencionar la disposición adicional duodécima de la LOFAGE que establece sobre las sociedades mercantiles estatales lo siguiente:

“1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado,



salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se registrarán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

3. La Corporación de Radio y Televisión Española, como sociedad anónima estatal dotada de especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se registrará en primer lugar por su Ley reguladora y sus estatutos sociales; en segundo lugar por su legislación sectorial y por las normas reguladoras de las sociedades mercantiles estatales en lo que le sean de aplicación, y, en defecto de la anterior normativa, por el ordenamiento privado.”

## **2.-LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL**

El artículo 34 de la CE recoge el derecho de fundación. En el fundamento jurídico 4 de su sentencia 341/2005 el TC expresa lo que sigue sobre el concepto de fundación en los términos siguientes: “En aquella resolución (la STC 49/1988) señalamos que el art. 34 CE “se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición

de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman. ... como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el art. 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados" (FJ 5). Esta caracterización, en la que resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional, se manifiesta reiteradamente en los pronunciamientos de este Tribunal, bien sea para considerar insuficiente la calificación de las cajas de ahorro como fundaciones (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 4, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6), bien para explicar por qué no resultaba irrazonable ni desproporcionado el requisito, establecido en la Instrucción de 14 de marzo de 1899, de que las fundaciones obtuvieran autorización del Protectorado para el ejercicio de acciones judiciales (STC 164/1990, de 29 de octubre, FJ 3), bien, en fin, para entender que no se advierte conculcación alguna del derecho a la igualdad en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce este derecho únicamente a las personas jurídicas de "interés general", que "cuando se trata de entidades de tipo fundacional (universitas bonorum) relaciona con las fundaciones que hayan sido inscritas en el Registro administrativo correspondiente" (STC 117/1998, de

2 de junio, FJ 4). Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa. Como dijimos en nuestra STC 164/1990, de 29 de octubre, las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente "en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios" (FJ 3); función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación con el art. 22.2 CE). Por otro lado, como se ha señalado, el art. 34.1 CE emplaza al legislador para que complete la configuración del "derecho de fundación para fines de interés general". Pues bien, un análisis armónico del bloque de constitucionalidad anteriormente descrito pone de manifiesto que tal llamamiento se dirige tanto al legislador estatal como a los legisladores autonómicos. Así, será el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias. En todo caso, al establecer el régimen jurídico de esos entes fundacionales es evidente que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6 CE, respectivamente), sin olvidar que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales", competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación."

Hecha esta introducción sobre el concepto de fundación, veamos ahora las previsiones que sobre las fundaciones del sector público estatal contiene la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones. La Ley regula en su capítulo XI las fundaciones del sector público estatal que son, según el artículo 44, las que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, y aquellas cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

De acuerdo con el artículo 45 de la citada ley, modificado en su primer apartado por la disposición final segunda de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el Consejo de Ministros es el órgano que debe autorizar la constitución, transformación, fusión y extinción de las fundaciones del sector público estatal, así como los actos y negocios que impliquen la pérdida de ese carácter o la adquisición del mismo a fundaciones preexistentes, asegurándose en todo caso, la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria, que habrá de ser informada por el Ministerio de Administraciones Públicas, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente. También deberá presentarse una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

El régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal queda sujeto a las siguientes limitaciones establecidas en el artículo 46 de la Ley 50/2002:

“1. Las fundaciones del sector público estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a. No podrán ejercer potestades públicas.

b. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

2. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado.

3. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la presente Ley, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado.

4. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

5. Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.
6. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.
7. En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones del sector público estatal se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley.”

### **3.- LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO**

El TC en la STC 76/83 (caso LOAPA) se refirió por primera vez a las Corporaciones de Derecho público que integran la llamada Administración corporativa y que, como se sabe, presentan una heterogeneidad notable. Más tarde se ocupó en particular de las Cámaras y de los Colegios Profesionales. De lo dicho en el conjunto de esa jurisprudencia se puede extraer la caracterización fundamental de esas Corporaciones y, por tanto, de esa Administración, implícitamente aludida en el artículo 52 CE..

Se trata de Entidades privadas, sociales y no estatales las llama en alguna ocasión el TC, que tendrán como función propia la prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos, pero que, al mismo tiempo, tienen una dimensión pública, Corporaciones de Derecho público, cuya constitución

obligatoria se impone por el poder público, a diferencia de lo que ocurre con la creación de las asociaciones nacidas al amparo del artículo 22 CE y de la LO 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Se les atribuye el carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, se las somete a la tutela administrativa de estas últimas y se les reconoce la posibilidad de que ostenten competencias administrativas por atribución legal o por delegación de las Administraciones públicas.

En consecuencia, puede afirmarse que, aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

Sus miembros comparten el ejercicio de una profesión o desenvuelven una actividad económica común y la condición de miembro se adquiere obligatoriamente por imposición de la ley para así garantiza el correcto cumplimiento de los fines públicos que se le atribuyen. Estas Entidades tienen autonomía organizativa, debiendo respetar la exigencia constitucional de que su organización y funcionamientos han de ser democráticos (art. 52), como ocurre con otras asociaciones, Colegios Profesionales, art. 36; partidos, art.6, organizaciones empresariales y sindicatos, art. 7. Tienen sus propias normas y tienen autonomía financiera.

La Administración corporativa integra a corporaciones muy heterogéneas. Algunas representan intereses económicos, cámaras, cofradías de pescadores, comunidades de regantes; otras como los colegios profesionales defienden intereses profesionales junto a intereses particulares de sus miembros y, en fin, otras cumplen fines sociales, como

es la ONCE o las federaciones deportivas. Es general a todas ellas la dimensión pública de su actividad y la colaboración con las administraciones públicas para la prestación de fines y servicios públicos, o la satisfacción de derechos.

## **4.-LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

### **4.1 Los Colegios Profesionales**

La CE dedica a los Colegios Profesionales el artículo 36 lo que, sin duda, es buena prueba de su importancia y de su especificidad como asociación. “La ley regulará las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.”. El TC se ha ocupado en distintas sentencias de los Colegios Profesionales. Desde el punto de vista constitucional la cuestión más relevante sobre los Colegios es la que afecta al encaje de la obligatoriedad de la colegiación con el derecho fundamental de asociación, artículo 22 CE, cuyo contenido esencial es la libertad de asociarse y la de abandonar libremente la asociación. El TC (SSTC 88/1989; 5/1996; 76/2003 y ATC 5/1996, entre otras) ha venido a establecer que del ordenamiento jurídico español se desprende que los Colegios no son unas asociaciones comunes sino que reúnen características que las hacen merecedoras de un tratamiento singular. No son asociaciones privadas sino que pertenecen al tipo de Corporaciones que cumplen al mismo tiempo funciones privadas que se condensan en la defensa de intereses, y funciones públicas que se originan en la naturaleza de los servicios que los profesionales colegiados realizan. Los Colegios son Corporaciones de carácter público o personas jurídicas públicas porque cumplen fines más amplios que los meramente privados de la defensa de intereses. Los Colegios agrupan a profesionales



que desempeñan tareas de las que dependen derechos de los ciudadanos y servicios públicos de tanta importancia como la salud, la tutela judicial efectiva, la vivienda, la seguridad de las infraestructuras públicas, entre otras cosas. Son contenidos que exigen una intervención garantizadora del Estado, a quien por ese alcance público de las profesiones colegiadas le corresponde también la expedición del título que habilita para el ejercicio de la profesión, cuya realización delega en los Colegios. Eso es lo que explica que el TC haya entendido que la CE ni impone ni excluye la obligatoriedad de la colegiación, sino que remite al legislador la decisión. Y eso, por no tratarse de una asociación privada sometida como otras al artículo 22 CE. La CE se limita a imponerle al legislador que regule los Colegios, la obligación de que la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios han de ser democráticos.

Veremos, a continuación los contenidos más relevantes de la normativa sobre Colegios contenida en la Ley 2/1974 de 13 de febrero, varias veces modificada y la reciente Ley 25/2009 de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio (Ley Ómnibus), cuyo artículo 5 ha modificado aspectos sustanciales de la normativa anterior.

La Ley 27/ 1974 define a los Colegios Profesionales como Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines que, tras las modificaciones introducidas por la Ley Omnibus en su artículo 5 son, esencialmente, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional.

Por lo que se refiere a la colegiación la Ley Omnibus modifica la Ley 27/1974 dejando establecido lo esencial de su regulación en los siguientes términos:

1. Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda.
2. Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una Ley estatal.
3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español.
4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones.

Las funciones de los Colegios quedan así establecidas:

Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

- 1 a) Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.
- 2 b) Ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta mediante la realización de estudios, emisión de informes, elaboración de estadísticas y otras actividades

relacionadas con sus fines que puedan serles solicitadas o acuerden formular por propia iniciativa.

3 c) Ostentar la representación que establezcan las leyes para el cumplimiento de sus fines.

4 d) Participar en los Consejos u Organismos consultivos de la Administración en la materia de competencia de cada una de las profesiones.

5 e) Estar representados en los Patronatos Universitarios.

6 f) Participar en la elaboración de los planes de estudio e informar las normas de organización de los Centros docentes correspondientes a las profesiones respectivas y mantener permanente contacto con los mismos y preparar la información necesaria para facilitar el acceso a la vida profesional de los nuevos profesionales.

7 g) Ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales y ejercitar el derecho de petición, conforme a la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley.

8 h) Facilitar a los Tribunales, conforme a las leyes, la relación de colegiados que pudieran ser requeridos para intervenir como peritos en los asuntos judiciales, o designarlos por sí mismos, según proceda.

i) Ordenar, en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial.

1 j) Organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional, formativo, cultural, asistencial y de previsión y otros análogos, proveyendo al sostenimiento económico mediante los medios necesarios.

2 k) Procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos.

3 l) Adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional.

4 m) Intervenir, en vía de conciliación o arbitraje, en las cuestiones que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados.

5 n) Resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión.

o) Informar en los procedimientos judiciales o administrativos en que se discutan honorarios profesionales.

1 p) Encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente, en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio.

2 q) Visar los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así se establezca expresamente en los Estatutos generales. El visado no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes.

3 r) Organizar, en su caso, cursos para la formación profesional de los postgraduados.

4 s) Facilitar la solución de los problemas de vivienda a los colegiados, a cuyo efecto, participarán en los Patronatos oficiales que para cada profesión cree el Ministerio de la Vivienda.

5 t) Cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Órganos colegiales, en materia de su competencia.

u) Atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea.

x) Cuantas otras funciones redunden en beneficio de los intereses profesionales de los colegiados.

En materia de atención a los ciudadanos y a los colegiados el artículo 10 de la ley de Colegios ya modificada por la ley 25/2009 introduce el principio de ventanilla única y el artículo 12, la obligación de establecer nuevos cauces de comunicación y de recepción de quejas y sugerencias:

#### Artículo 10. Ventanilla única

1. Las organizaciones colegiales dispondrán de una página web para que, a través de la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia. Concretamente, las organizaciones colegiales harán lo necesario para que, a través de esta ventanilla única, los profesionales puedan de forma gratuita:

a) Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a la actividad profesional y su ejercicio.

b) Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias, incluyendo la de la colegiación.

c) Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga consideración de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el Colegio, incluida la notificación de los expedientes disciplinarios cuando no fuera posible por otros medios.

d) Convocar a los colegiados a las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias y poner en su conocimiento la actividad pública y privada del Colegio Profesional.

2. A través de la referida ventanilla única, para la mejor defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, las organizaciones colegiales ofrecerán la siguiente información, que deberá ser clara, inequívoca y gratuita:

a) El acceso al Registro de colegiados, que estará permanentemente actualizado y en el que constarán, al menos, los siguientes datos: nombre y apellidos de los profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional.

b) El acceso al registro de sociedades profesionales, que tendrá el contenido descrito en el artículo 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de conflicto entre el consumidor o usuario y un colegiado o el colegio profesional.

d) Los datos de las asociaciones u organizaciones de consumidores y usuarios a las que los destinatarios de los servicios profesionales pueden dirigirse para obtener asistencia.

e) El contenido de los códigos deontológicos.

3. Las corporaciones colegiales deberán adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo previsto en este artículo e incorporar para ello las tecnologías precisas y crear y mantener las plataformas tecnológicas que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas y la accesibilidad de las personas con discapacidad. Para ello, los colegios profesionales y, en su caso, los Consejos Generales y autonómicos podrán poner en marcha los mecanismos de coordinación y colaboración necesarios, inclusive con las corporaciones de otras profesiones.

4. Los Colegios profesionales de ámbito territorial facilitarán a los Consejos Generales o Superiores, y en su caso a los Consejos Autonómicos de Colegios, la información concerniente a las altas, bajas y cualesquiera otras modificaciones que afecten a los Registros de colegiados y de sociedades profesionales, para su conocimiento y anotación en los Registros centrales de colegiados y de sociedades profesionales de aquéllos.

Artículo 12. Servicio de atención a los colegiados y a los consumidores o usuarios.

1. Los Colegios Profesionales deberán atender las quejas o reclamaciones presentadas por los colegiados.

2. Asimismo, los Colegios Profesionales dispondrán de un servicio de atención a los consumidores o usuarios, que necesariamente tramitará y resolverá cuantas quejas y reclamaciones referidas a la actividad colegial o profesional de los colegiados se presenten por cualquier consumidor o usuario que contrate los servicios profesionales, así como por asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su representación o en defensa de sus intereses.

3. Los Colegios Profesionales, a través de este servicio de atención a los consumidores o usuarios, resolverán sobre la queja o reclamación según proceda: bien informando sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos, bien remitiendo el expediente a los órganos colegiales competentes para instruir los oportunos expedientes informativos o disciplinarios, bien archivando o bien adoptando cualquier otra decisión conforme a derecho.

4. La regulación de este servicio deberá prever la presentación de quejas y reclamaciones por vía electrónica y a distancia.»

Se añade, constituyendo una importante novedad, la prohibición de establecimiento de honorarios por los Colegios profesionales.

«Artículo 14. Prohibición de recomendaciones sobre honorarios.

Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.», que dice: “Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.”

## **4.2 Cámaras de comercio, industria y navegación**

La CE no menciona explícitamente a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación como hace con los Colegios Profesionales, pero han



de entenderse incluídas en el artículo 52: “La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

La Ley 3/1993 de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación nos proporciona en su exposición de motivos algunos datos de interés sobre el origen y regulación de estas organizaciones profesionales. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación fueron creadas por el Real Decreto de 9 de abril de 1886, al reconocer como tales a las asociaciones voluntarias de comerciantes, industriales y navieros. Más tarde, el Real Decreto de 21 de junio de 1901 les confirió el carácter de establecimientos públicos y, por último, la Ley de Bases de 1911 estableció el modelo continental de adscripción forzosa, pago obligatorio de cuotas y confirmó y amplió las funciones públicas que tenían atribuidas.

El dilatado período de tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley de Bases de 1911 y las grandes transformaciones habidas, desde entonces, en los ámbitos político, social y económico de la Nación han hecho necesario un nuevo texto legal que sustituya la referida Ley de Bases y contemple, desde el punto de vista cameral, la existencia de un Estado de las Autonomías, el desarrollo y complejidad actuales de la industria, el comercio y la navegación, y la integración de España en la Comunidad Económica Europea. En consecuencia, la nueva Ley no modifica la personalidad jurídica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que continuará inalterada bajo el ámbito de aplicación de una nueva norma. La nueva Ley continúa la tradición legislativa al definir a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de derecho público, partiendo de su participación en la naturaleza de las Administraciones Públicas, que ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional. Hasta aquí la exposición de motivos.

Conviene recordar que el TC se ha ocupado de las Cámaras en varias ocasiones para resolver el importante asunto del carácter, obligatorio o no, de la pertenencia a las cámaras desde la perspectiva del derecho fundamental de libre asociación. El TC se había pronunciado en el sentido de que no existiendo una imposición expresa en la Constitución corresponde al legislador decidir sobre la obligatoriedad o voluntariedad, siendo cualquiera de las opciones constitucionalmente correcta. La última decisión del legislador a favor de la libre pertenencia ha supuesto la reforma del artículo 6 de la ley 3 /1993 llevada a cabo por el artículo 4 del Real decreto Ley 13/2010 de 3 de diciembre y por la disposición final cuadragésima séptima de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía sostenible.

El artículo 1º de la Ley 3/1993 define a las Cámaras 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, añadiendo que su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos, como ocurre con todo tipo de asociaciones.

En su artículo 2 la Ley 3/1993 atribuye a las Cámaras las siguientes funciones de carácter público-administrativo:

- 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 normativos mercantiles, así como las prácticas y usos de los negocios y emitir certificaciones acerca de su existencia.
- c. Proponer al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, cuantas reformas o medidas crean necesarias o



convenientes para el fomento del comercio, la industria y la navegación.

- d. Ser órgano de asesoramiento de las Administraciones Públicas, en los términos que las mismas establezcan, para el desarrollo del comercio, la industria y la navegación.
- e. Desarrollar actividades de apoyo y estímulo al comercio exterior, en especial a la exportación, y auxiliar y fomentar la presencia de los productos y servicios españoles en el exterior, mediante la elaboración y ejecución del Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones que se aprobará periódicamente.
- f. Colaborar con las Administraciones educativas competentes en la gestión de la formación práctica en los centros de trabajo incluida en las enseñanzas de Formación Profesional reglada, en especial en la selección y homologación de centros de trabajo y empresas, en su caso, en la designación de tutores de los alumnos y en el control del cumplimiento de la programación.
- g. 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 le corresponda a la Administración del Estado.
- h. Llevar un censo público de todas las empresas, así como de sus establecimientos, delegaciones y agencias radicados en su demarcación.
- i. Desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

2. También corresponderá a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación el desarrollo de las funciones público-administrativas que se enumeran a continuación, en la forma y con la extensión que se determine,

en su caso, por las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia:

- a. Elaborar estadísticas del comercio, la industria y la navegación y realizar las encuestas de evaluación y los estudios necesarios que permitan conocer la situación de los distintos sectores.
- b. Promover y cooperar en la organización de ferias y exposiciones.
- c. Difundir e impartir formación no reglada referente a la empresa.
- d. Colaborar en los programas de formación permanente establecidos por las empresas, por centros docentes públicos o privados y, en su caso, por las Administraciones Públicas competentes.
- e. Crear y administrar lonjas de contratación y bolsas de subcontratación.
- f. Informar los proyectos de normas emanados de las Comunidades Autónomas que afecten directamente a los intereses generales del comercio, la industria o la navegación, en los casos y con el alcance que el ordenamiento jurídico determine.
- g. 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.
- h. Colaborar con la Administración competente informando los estudios, trabajos y acciones que se realicen sobre la ordenación del territorio y localización industrial y comercial.

Dispone el artículo 5 de la Ley 3/1993 que el ámbito territorial de las Cámaras es, en principio provincial, una al menos por provincia, una en Ceuta y otra en Melilla, pudiendo existir otras con distinto ámbito territorial, así como un Consejo de Cámaras autonómico.

En cuanto a su organización el artículo 7 de la citada norma establece que los órganos de Gobierno de las Cámaras Oficiales de Comercio,

Industria y Navegación son el Pleno, el Comité Ejecutivo y el Presidente. El Pleno es el órgano supremo de Gobierno y representación de la Cámara y estará compuesto por dos tipos de vocales con un mandato de cuatro años. Un grupo de vocales en número no inferior a diez ni superior a sesenta son elegidos por sufragio universal, libre, directo y secreto por los electores de la cámara y otro será elegido por los miembros del Pleno entre personas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la circunscripción de cada Cámara, propuestas por las organizaciones empresariales a la vez intersectoriales y territoriales más representativas. A este fin, las citadas organizaciones deberán proponer una lista de candidatos que supere en un tercio el número de vocalías a cubrir.

El Comité Ejecutivo es el órgano permanente de gestión, administración y propuesta de la Cámara y estará formado por el Presidente, Vicepresidentes, el Tesorero y los miembros del Pleno que se determinen. La Administración tutelante regulará el número de miembros integrantes del Comité, pudiendo designar a un representante que deberá ser necesariamente convocado a las reuniones del indicado órgano.

El Presidente, que será elegido por el Pleno en la forma que determine el Reglamento de Régimen Interior, ostentará la representación de la Cámara, la presidencia de todos sus órganos colegiados y será responsable de la ejecución de sus acuerdos.

Las Cámaras tendrán un Secretario General con voz y sin voto, que velará por la legalidad de los acuerdos de los órganos de Gobierno y cuyo nombramiento, previa convocatoria pública de la vacante, y cese corresponderán al Pleno de la Corporación por acuerdo motivado adoptado por la mitad más uno de sus miembros. También será competencia del Pleno el nombramiento de los titulares de los demás cargos de alta dirección. Todo el personal al servicio de las Cámaras quedará sujeto al Derecho laboral.

Cada Cámara tendrá su propio Reglamento de Régimen Interior, que será propuesto por el Pleno Corporativo y aprobado por la Administración tutelante, la cual podrá también promover su modificación. En él constará la estructura de su Pleno, el número y forma de elección de los miembros del Comité Ejecutivo y, en general, las normas de funcionamiento de sus órganos de Gobierno, así como el régimen del personal al servicio de la Cámara.

La Ley regula en su capítulo IV, artículos 18 a 21, el Consejo Superior de Cámaras, una Corporación de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Está integrado por representantes de la totalidad de las indicadas corporaciones y es el organismo de representación, relación y coordinación de las mismas. Tiene atribuídas las siguientes funciones

- a. Defender los intereses generales del comercio, la industria y la navegación en el ámbito estatal.
- b. Representar al conjunto de las Cámaras ante las diversas instancias estatales e internacionales.
- c. Coordinar e impulsar las acciones que afecten al conjunto de las Cámaras españolas.
- d. Ejercer en el ámbito estatal las funciones a que se refieren los párrafos a), b), g) y h) del apartado 1 del [artículo 2](#).
- e. Informar, con el carácter y el alcance previstos en la legislación vigente, los Proyectos de Leyes o disposiciones estatales de cualquier rango que afecten directamente al comercio, la industria y la navegación.

- f. Asesorar a la Administración del Estado, en los términos que ésta establezca, en temas referentes al comercio, la industria y la navegación.
- g. Desempeñar las funciones administrativas que se le encomienden, cuando afecten al conjunto del Estado.
- h. Coordinar las actuaciones incluidas en el Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones que deban ser llevadas a cabo por las propias Cámaras y ejecutar las de interés general que se le atribuyan, así como elevar el Plan, para su aprobación, al Ministerio de Economía y Hacienda y controlar, en la forma en que se determine por dicho Departamento, la ejecución y desarrollo del Plan en su conjunto.
- i. Desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

En cuanto al régimen económico de las Cámaras hay que recordar que, conforme a la reciente desaparición de la obligación de pertenencia, sólo están obligados al pago de la cuota cameral quienes ejerciendo las actividades que justifican la existencia de las cámaras, decidan libremente pertenecer a una de ellas.

Para terminar este epígrafe dedicado a las Cámaras, hay que referirse a los puntos más relevantes de su régimen jurídico regulado en el capítulo V de la Ley 3/1993, arts. 22 a 25.

1º.-Sujetas a tutela. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación están sujetas en el ejercicio de su actividad a la tutela de la Administración del Estado o de las respectivas Comunidades Autónomas, en el caso de que éstas hubieran asumido estatutariamente las competencias correspondientes. En cualquier caso, se atribuye a la Administración del Estado la tutela sobre las actividades de las Cámaras

relativas al comercio exterior. La función de tutela comprende el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución a que se refiere la presente Ley. La función de tutela que corresponde al Estado sobre las actividades de las Cámaras relativas al comercio exterior no implicará, por sí sola, las potestades de suspensión y disolución antes señaladas.

2º.-Sometidas a control jurisdiccional. Las resoluciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y de su Consejo Superior dictadas en ejercicio de sus competencias de naturaleza público-administrativa, así como las que afecten a su régimen electoral, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo recurso administrativo formulado ante la Administración tutelante. Las actuaciones de las Cámaras en otros ámbitos y, singularmente, las de carácter laboral, se dilucidarán ante los Juzgados y Tribunales competentes.

3º.-Régimen presupuestario. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y su Consejo Superior elaborarán y someterán sus presupuestos ordinarios y extraordinarios de gastos e ingresos a la aprobación de la Administración tutelante, que fiscalizará sus liquidaciones y podrá establecer las instrucciones necesarias para la elaboración de los presupuestos y de las liquidaciones tipo.

En todo caso, las liquidaciones deberán presentarse acompañadas de un informe de auditoría de cuentas.

4º.-Suspensión y disolución. La Administración tutelante podrá suspender la actividad de los órganos de Gobierno de las Cámaras en el caso de que se produzcan transgresiones del ordenamiento jurídico vigente que, por su gravedad o reiteración, hagan aconsejable esta medida, así como en los supuestos de imposibilidad de funcionamiento normal de aquéllos.



El acuerdo de suspensión determinará su plazo de duración, que no podrá exceder de tres meses, así como el órgano que tendrá a su cargo la gestión de los intereses de la Cámara durante este período.

Si, transcurrido el plazo de suspensión, subsistiesen las razones que dieron lugar a la misma, se procederá, dentro del plazo de un mes, a la disolución de los órganos de Gobierno de las Cámaras, así como a la convocatoria de nuevas elecciones.

## **BIBLIOGRAFIA**

Fanlo Loras, A. *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales : la administración corporativa en la jurisprudencia constitucional* Civitas[1ª ed.] Madrid , 1992

Fernández Rodríguez, T. R. “Cámaras de Comercio y “jacobinismo” constitucional: (nota sobre la sentencia constitucional de 16 de junio de 1994)”, en *Civitas. Revista española de derecho administrativo* – nº 85, 1995)

Gálvez Montes, J. “Artículo 52” en *Comentarios a la Constitución* Civitas 3ª ed. Madrid, 2001.

Herrero de Miñón, M. “Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos” artículo 52 en *Comentarios a la Constitución*

*española de 1978* / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, Edersa y Cortes Generales, T.IV, Madrid, 1996.

Martín-Retortillo, S. “Funciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo* - nº 90, 1996

Alli Turrillas, J.C. *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

**José Antonio Portero Molina**

# **14. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER DEL ESTADO. LOS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

## **TEMA 14**

### **LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER DEL ESTADO. LOS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

#### **LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER DEL ESTADO. LOS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES.**

Cuando la vigencia del principio de jerarquía no se produce en la relación entre dos sistemas jurídicos y por lo tanto es posible establecer un criterio claro que aclare la relación entre dos ordenamientos es cuando nos encontramos ante la existencia de un ordenamiento jurídico cuya validez es defendible por sí mismo y diferenciadamente de otros. Como se podrá comprobar, cuando se estudien los distintos modelos de distribución territorial la existencia de un sistema propio de fuentes del derecho manifiesta como ningún otro criterio la presencia de un ordenamiento jurídico diferenciado y separado de los demás. En este orden de cosas, en unas sociedades complejas como las propias de este siglo XXI, ningún ordenamiento jurídico puede postularse como compartimiento independiente ya que aún reconociendo su diferenciación van a surgir de forma necesaria procedimientos de colaboración entre ellos.

Los autores de la teoría institucionalista del derecho suscitan distintas clases de ordenamientos en lo relativo al poder estatal. Hablan de instituciones jurídicas originarias para referir aquellas en las que el ordenamiento jurídico se concreta y que cuentan con un carácter independiente al haber sido instituidas *motu proprio* y sin dependencia de otras instituciones. Por otra parte, distinguen instituciones derivadas

establecidas en lo tocante a su ordenamiento jurídico por otras instituciones, que por este motivo tienen un carácter superior respecto de la institución derivada a la que cabe de calificar como subordinada. Finalmente existen categorías intermedias referidas a instituciones públicas cuyo ordenamiento jurídico puede ser tildado parcialmente de originario y de derivado, fórmulas de carácter complejo que no suelen adaptarse bien a la ordenación jurídica de los estados nacionales.

Otro criterio clasificatorio subraya la importancia de las instituciones complejas que a diferencia de las denominadas instituciones simples tienen como carácter distintivo la diversa subordinación de los entes menores respecto de la institución en la que están comprendidas y también que la ubicación de la institución mayor presupone la existencia de los ordenamientos jurídicos de las instituciones menores. Se ejemplifica esta situación cuando se habla de la comunidad jurídica creada en Naciones Unidas, ya que presupone la existencia de los distintos ordenamientos estatales que la componen.

El Tribunal Constitucional español en el FJ 5º de la Sentencia 32/1981, del 28 de julio ha explicado en el concreto contexto de nuestro ordenamiento esta problemática de la relación entre instituciones jurídicas. En efecto, el Tribunal dice que el término Estado designa:

1. unas veces a totalidad de la organización jurídico política de la nación española incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía.
2. en otras ocasiones, y el Tribunal cita expresamente los art. 3.1, 149 y 150 de la Constitución, por Estado se entiende tan solo el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos desconcentrados. En este segundo caso, se están contraponiendo

estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos.

El Tribunal Constitucional remarca que la citada dicotomía, pudiendo crear ciertos equívocos, no debe hacer olvidar sin embargo el carácter de la Constitución como norma suprema del Estado como totalidad y por ello sus principios obligan igual a todos los sujetos que forman parte de esa totalidad.

La doctrina constitucional suele describir algunas clases de integración política territorial que no son calificables de formas estatales, pero que sí constatan la existencia de un poder político relevante.

De este modo, y partiendo de la existencia del monarca como jefe del estado, hay que referir la existencia histórica de integraciones parciales de varios reinos. Obviamente se trata de una modalidad de ordenamiento residual hoy en día, que además suscitó el problema de como el titular del Estado debía adaptar su conducta a los diferentes sistemas jurídicos según el país al cual dirigirse dentro de esa denominada “unión personal”.

Más importancia práctica y actual tiene la fórmula confederacional. Sobre la base de unas competencias concretas y taxativamente establecidas, varios estados independientes deciden que éstas sean llevadas a cabo de forma conjunta por todos ellos. Recordando a BODINO, observamos que las competencias que suelen ejercerse en común son las que este autor identificó como propias de la soberanía, a saber: la defensa exterior común, el sistema monetario o las relaciones internacionales. Al margen de este *numerus clausus* las restantes atribuciones de los estados siguen ejercitándose individualmente. Para perfilar mejor los caracteres de la confederación hay que tomar cuenta que su base es propia del *ius gentium*, este es un tratado internacional y por eso el ente confederación no se configura como un sujeto de derecho internacional, como ocurre en

el caso del estado federal donde es la federación la que se relaciona con los demás estados soberanos.

Desde el punto de vista del funcionamiento, se subraya que la confederación ejercita sus competencias a través de un órgano colegiado, que suele denominarse dieta, que está formado por representantes de los distintos estados que responden a las instrucciones de éste y que adoptan sus acuerdos unánimemente o mediante mayorías muy reforzadas. Este régimen jurídico nos transmite una vez más la idea de que las relaciones entre los estados que forman la confederación están sometidas al derecho internacional tradicional.

La importancia práctica que desde 1951 tiene en Europa la actual Unión Europea lleva a que la creación entre diversos estados de aparatos institucionales y fuentes del derecho específico para conseguir políticas públicas determinadas, sea una de las formas de integración estatal de mayor actualidad. De este modo, podemos comprobar que estos fenómenos supraestatales son cada vez más abundantes en ámbitos regionales de varios continentes.

Dejando de lado estos fenómenos singulares de instrumentación de la soberanía, hoy en día hay que distinguir fundamentalmente entre la idea de un estado centralizado en el ejercicio de su poder, el tradicionalmente denominado estado unitario, de aquellos otros descentralizados políticamente y que incluyen varias organizaciones territoriales dotadas de poder político.

La figura unitaria puede conciliarse con fenómenos que el Tribunal Constitucional en España identifica como propios de las provincias y municipios, esto es una descentralización administrativa. Cualitativamente este fenómeno no es asimilable a la existencia de autonomía legislativa

reconocida constitucionalmente en relación con los Estados políticamente descentralizados.

Apreciamos entonces que el término Estado, como señalé anteriormente, que así figura en la doctrina del Tribunal Constitucional es equívoco ya que puede dar a entender una institución integrada por partes cuando obviamente el Estado supera ese fenómeno fragmentario ya que de por sí es algo cualitativamente superior que una suma de los ordenamientos territoriales que lo integran. En todo caso, existen variantes bien relevantes dentro de los denominados Estados compuestos si bien la figura estrella dentro de ellos es sin duda el Estado federal.

Cuando varios Estados se integran entre sí e integran un nuevo englobador la doctrina tradicional habla de la constitución de un Estado federal. Según estas ideas, los que se integran no pierden su carácter estatal y mantienen ese carácter en cuanto elementos de la federación. Lo que sí se produce en estos casos es la pérdida de personalidad jurídica internacional que se atribuye a partir de ese momento al Estado federal creado.

Como puede comprobarse, esta construcción teórica resulta de difícil adaptación a cada uno de los procesos históricos de formación de los Estados federales y aun mucho más en los casos en los que, como en España, la realidad se asimila a una federación desde el punto de vista de la praxis política pero no recibe esta calificación en los documentos jurídico-constitucionales.

En el fondo del nacimiento de los Estados federales está la contraposición filosófica entre la unidad del ordenamiento jurídico del Estado federal y el reconocimiento del derecho a la autonomía de los Estados miembros. La figura federal ha posibilitado que varios países y pueblos se integraran en un espacio unificado política, institucional y económicamente, obteniendo



gracias a eso un marco de convivencia que no podrían disfrutar de manera independiente.

Por otra parte, el Estado federal supone de por sí un respeto de las singularidades de los territorios que se integran en la federación y este fenómeno es particularmente interesante en dos supuestos:

- a) en el caso de países como Canadá, Bélgica o España, en los que las singularidades de las comunidades que conviven son muy relevantes desde el punto de vista de las culturas, lenguas o derechos propios; y,
- b) en los supuestos de entidades estatales con territorios gigantescos (Brasil, Argentina o México) de difícil gobierno a partir de esquemas centralistas tradicionales.

El meollo del funcionamiento del Estado federal es lo que se refiere al ejercicio de las competencias, existiendo cuando analizamos los ordenamientos de los Estados federales muchas modalidades de distribución aunque la presencia de ciertas atribuciones exclusivas para la federación es una constante. Una vez más, las ideas tradicionales de BODINO a la hora de delimitar las atribuciones propias del Estado aparecen de nuevo cuando examinamos los listados competencias del estado central (por ejemplo, en los primeros números del artículo 149 de la Constitución Española).

Sin profundizar en debates teóricos, sí conviene dar cuenta de las principales explicaciones que se han dado en relación con la naturaleza jurídica de los Estados federales. Estas explicaciones son deudoras en gran medida del concepto previo que se tenga de la idea de la soberanía estatal.

Autores que admiten una concepción amplia de la soberanía valoran el reconocimiento del carácter estatal tanto el estado federal como los

estados federados. Otros entienden que los que constituyen la federación serían los que cuentan con la naturaleza jurídica estatal mientras que el Estado federado se aproximaría más a una confederación con las notas distintivas explicadas supra.

Parte de la doctrina alemana contradice estas ideas subrayando que el carácter soberano solo es predicable de la federación perdiendo esta calidad los estados que se integran en ella. Esta opción habla de que federación y entes federados son Estados, más pagando el precio de excluir el carácter soberano en relación con los Estados que se integran en la federación.

La existencia de una sola figura jurídica estatal es un carácter que jurídicamente delimita al punto de partida del análisis del modelo adoptado en España en relación a la descentralización territorial del poder político. El dato de que los entes políticamente descentralizados estén dotados de una competencia tradicionalmente reservada al Estado, tal es el caso de la atribución legislativa, no les da en nuestro ámbito constitucional el carácter estatal a las Comunidades Autónomas. Estas ideas han sido subrayadas por algunos autores para descartar la calificación de federal para nuestro Estado autonómico.

PULIDO QUECEDO remarca de igual manera esta realidad al subrayar la jurisprudencia constitucional en relación con la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3. Este autor la presenta como una norma ordenadora de la preferencia en la aplicación de las normas en un Estado compuesto. Trayendo a colación el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1989, del 8 de junio, es fácil percibir que la concepción de la cláusula de supletoriedad no es una norma competencial sino una norma ordenadora de la preferencia en la aplicación de las disposiciones jurídicas en el Estado compuesto configurado por la Constitución.

Una vez más, es necesario precisar que en España es posible referirse al Estado como integrador de todos los poderes y, por lo tanto, en una concepción amplia es, por otra parte, al Estado como equiparado al aparato central o administración central del mismo, con un alcance notoriamente más estricto.

La piedra de toque de la naturaleza de una norma es su procedimiento de reforma. En España los Estatutos de Autonomía se presentan como normas que no es posible reformar por voluntad exclusiva de los poderes autonómicos. En la clasificación tradicional de los límites del poder de reforma estaríamos reconociendo una suerte de condicionantes heterónomos ya que el cambio del Estatuto autonómico debe contar con la participación de instituciones decisivas fuera de la Autonomía.

Dejando de lado estas consideraciones procedimentales es habitual reconocer que el nivel de atribuciones de competencias del Estado autonómico en España es muy semejante al que se produce en ámbitos federales de otros países europeos. Por esta razón, también en España se han incorporado mecanismos de solución de conflictos que existen en el contexto de los tribunales constitucionales de otros países de naturaleza federal.

Nuestro sistema autonómico presenta datos que lo identifican notoriamente con el tradicional estado federal ya que además del mencionado mecanismo de resolución de conflictos existe una compartición en el ámbito de las funciones gubernamentales y, en definitiva, en el plano de la ejecución de las políticas públicas. Estas referencias no son más que a consecuencia del reconocimiento de la existencia de varios ordenamientos jurídicos que derivan de la autonomía legislativa que en sus respectivos ámbitos ejercitan los Parlamentos central y autonómicos.

## **EI ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.**

La pluralidad en la existencia de realidades sociológicas diferenciadas en España es algo que resulta innegable. Aun los autores que identifican el nacimiento de la realidad española temporalmente en el final del reinado de los Reyes Católicos, coinciden en afirmar que la consideración de los sistemas jurídicos y formas de gobierno de las organizaciones políticas previas es un presupuesto fundamental para comprender la unidad política que se estaba creando.

Esta sensibilidad que entró en crisis con el dictado por parte de Felipe V de los Decretos de Nueva Planta sufrió sucesivos embates con la dinastía de los Borbones que, tal vez deudora de su origen francés, se empeñó en llevar a cabo un proceso centralizador en nuestro país.

Durante el nacimiento del Estado constitucional español se tendió a establecer una organización del territorio desconocedora de las realidades jurídico-políticas previas, intentando hacer uniforme la división en torno a realidades más ficticias como fueron las provincias.

A principios del siglo XIX, la instauración de la división provincial no trajo consigo excesivos problemas de convivencia pero más adelante, fundamentalmente en lo que son hoy las comunidades del País Vasco y Navarra, sí generaron fricciones de relieve que tuvieron que ver esencialmente con aspectos referidos a la financiación de los territorios forales y al respeto de sus especialidades en materia de derecho privado.

Mayor alcance tuvo el surgimiento de movimientos regionalistas y nacionalistas en las hoy Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco y Cataluña. La incorporación en el plano político de las sensibilidades culturales y las ansias de autogobierno de estas Comunidades trajeron consigo distintos conflictos en su relación con el poder central. Estos datos están en la base del proyecto de constitución de la Primera República Española que contaba con una idea federal muy clara y que como es bien sabido no logró consolidar la idea descentralizadora.

En 1931, el texto constitucional sí logró sacar adelante el nacimiento de estructuras políticas capaces de materializar las demandas de autonomía existentes en las Comunidades citadas. De este modo, se aprobaron los Estatutos de Cataluña, País Vasco y Galicia, si bien este último solamente mediante plebiscito popular.

La Guerra Civil trajo consigo la derogación de los documentos políticos autonómicos de tal manera que incluso algunas especialidades forales fueron derogadas en los territorios de Guipúzcoa y Vizcaya. Paralelamente se produjo una persecución de cualquier manifestación de identidad cultural o lingüística que la Segunda República hubiese admitido.

El proceso democrático iniciado en 1975 trae consigo la instauración de una estructura territorial de España que parte del reconocimiento máximo del valor autonómico y del que, con el paso del tiempo, será denominado como sistema de gobierno multinivel. En este orden de cosas la autonomía política que recoge la Constitución supone el reconocimiento de unas nuevas entidades, las Comunidades Autónomas, que se diferencian cualitativamente de la autonomía administrativa que también se garantiza en el ámbito de las entidades locales.

El sistema autonómico conocido como Estado de las Autonomías presenta algunos datos que han sido criticados pero que no pueden hacer oscurecer

la validez del sistema en su correcto funcionamiento a lo largo de todos estos años. De esta manera, suele criticarse que la Constitución de 1978 no cite expresamente cuáles son las Comunidades que integran el mapa autonómico español. Esta crítica es fácilmente superable si tomamos en cuenta la importancia que tenía el reconocimiento del principio dispositivo en el texto constitucional, para que cualquier sujeto territorial que lo deseara se constituyese, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución, en Comunidad Autónoma.

La otra crítica fundamental del modelo autonómico parte de una comprensión férrea del principio de igualdad cuando se defiende la necesidad de que los techos competenciales de todas las Comunidades Autónomas sean idénticos y además que todas ellas deban constituirse en el mismo momento histórico. Dejando de lado que ciertas competencias solo tienen sentido en relación con las peculiaridades de algunos territorios (las lingüísticas o las marítimas), también el principio dispositivo explica y justifica la heterogeneidad en los elencos competenciales y en las pautas temporales del acceso a la autonomía de las distintas Comunidades existentes.

El Estado de las Autonomías previsto en nuestra Constitución es además un modelo que supera en virtudes al establecido por la Constitución de la Segunda República, y eso desde una perspectiva claramente autonomista, pues el núcleo del sistema que es el competencial tiene un alcance mucho mayor en el caso de la Constitución actualmente vigente que configura las Comunidades además de una manera muy respetuosa con sus afanes identitarios y culturales.

El substrato ideológico que parece inspirar la Constitución de 1978 es intentar corregir el centralismo de inspiración francesa que vertebraba todas las Constituciones españolas desde la de Cádiz de 1812. La Constitución de 1978 ofrece una visión pesimista y negativa sobre casi dos siglos de organización

liberal del Estado y pretende dar una alternativa de división territorial y distribución de poder inspirada en la situación del absolutismo ochocentista pre-liberal.

Hechas estas consideraciones históricas hay que decir que en el contemporáneo Estado constitucional, según BALAGUER CALLEJÓN, es habitual reconocer la existencia de tres tareas básicas como definitorias de la función fundadora o fundacional del ordenamiento a partir de la adopción de la Constitución como Norma superior y fundamental del mismo:

- a) establecer la legitimación democrática de todo poder político;
- b) garantizar frente a los poderes públicos las posiciones subjetivas de los individuos y de los grupos en los que estos se integran, y
- c) organizar el Estado, tanto estructuralmente (dimensión horizontal, relativa a la posición e interrelación de sus órganos) como territorialmente (dimensión vertical, relativa a los diversos niveles del poder territorial).

Pues bien, a la luz de los resultados de su trabajo parece evidente que las Cortes constituyentes españolas fueron conscientes desde el principio de sus posibilidades ciertas de ofrecer una respuesta satisfactoria al primero y segundo desafíos enunciados -democracia y libertades-, tal y como efectivamente sucedió. Pero también fueron conscientes de la inviabilidad de una solución completa al tercero, al menos en lo relativo a la redistribución territorial del poder. ARAGÓN REYES señala que la actual forma territorial es la consecuencia de un largo y complejo proceso de construcción.

De ahí que, sin duda alguna, la opción constitucional en favor de una profunda reorganización territorial del Estado, a partir del reconocimiento de un amplio conjunto de posibilidades para acceder a distintos niveles de

autogobierno a los territorios que en ese sentido expresaran su voluntad, se incorpora al capítulo más original e imaginativo de la Constitución de 1978. Un capítulo que, por cierto, siendo criticado en los primeros años de su experimentación como “inacabado” y “ambiguo”, abierto a desarrollos inciertos y conflictivos -lo cual invitó a la doctrina a hablar de una “desconstitucionalización de la estructura del Estado”-, probó, con el tiempo, ser capaz de funcionar satisfactoriamente. Demostró servir como plataforma jurídica para la transformación de España, desde su condición precedente como uno de los Estados más centralistas, en uno de los Estados más descentralizados del mundo, funcionalmente *federal*, aun cuando nominalmente (y en algunos aspectos técnicos) no se califique así. Hasta tal punto esto es así, que el “modelo español” de redistribución territorial del poder fue estudiado con interés en la doctrina comparada, exportando al exterior algunas de las claves del éxito con el que permitió conjugar en España diversidad y unidad.

En este proceso es fácil observar un papel determinante del Tribunal Constitucional que deja claro, en palabras de PULIDO QUECEDO, la interrelación inescindible entre la autonomía y la posibilidad de elaboración de políticas propias por parte de las Comunidades Autónomas.

“...El artículo 149.1 de la Constitución utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal, diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle. Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la reserva de toda una materia (v. gr. Relaciones Internacionales, Defensa y Fuerzas Armadas, Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica, o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso la reserva estatal impide, no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque



pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado. Cuando, por el contrario, la reserva estatal es sólo de ciertas potestades, correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, éstas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas. Dentro de ellas está sin duda la necesaria para fijar la «organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno» (artículo 10.2 E. V.)” (Fundamento jurídico 2 de la STC 35/1982, del 14 de junio)

En la medida en que el curso del ciclo constituyente, democracia, libertad y autonomía (autogobierno territorial) se presentaron desde un principio como parte de un mismo y único “paquete” -puesto que se trataba de reaccionar contra el franquismo, que había sido lo contrario: dictadura, represión y centralismo-, dar satisfacción a las voluntades de autogobierno localizadas en ciertos fragmentos del territorio nacional, al tiempo que se creaban las pautas para una operación descentralizadora de alcance más general, pasó a ser el punto central de un proyecto autonómico a articular en la Constitución.

El desafío consistía pues en opinión de BALAGUER CALLEJÓN, en:

- integrar los vectores de la diversidad y la unidad, la heterogeneidad y la integración,
- asegurar la viabilidad de un Estado no centralista (puesto que el centralismo era un antimodelo del que se huía) pero en el que tuviera cabida una efectiva solidaridad interterritorial.

El título VIII CE (“De la Organización Territorial del Estado”, arts. 137 a 158 CE) sienta las bases para el tratamiento de tan delicada cuestión, pero, por las razones históricas y políticas aludidas, no podía solucionarlo de una manera cerrada. En todo caso se trata al parecer de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA de unos principios muy importantes y capaces de imponer limitaciones a la amplia apertura que sobre esta materia la Constitución prevé.

Como acaba de recordarse, tiene que añadirse de inmediato que esta característica de nuestra Constitución (su relativa “apertura” a desarrollos territoriales diversos, su renuncia a “cerrar” en su texto la articulación territorial del Estado, instaurando, en el sentido contrario, una pauta abierta que conduciría igual a un modelo relativamente abierto en lo que a la Constitución territorial se refiere) fue criticada al principio por ambigua e inconcluyente. Desde 1978, fecha en la que se aprobó la Constitución, la valoración que merece es positiva: funcionó; fue cimiento para una transformación sin precedentes, y se exportó, incluso, como un modelo a tener en cuenta desde otras latitudes.

La clave que mejor explica este inesperado éxito reside en la combinación del principio autonómico –enunciado, con carácter general, en el artículo 2 (Título Preliminar), y concretado después en diversos artículos del Título VIII- con el que se denominó “principio dispositivo”. Es esta una opción constitucional esencial, consistente en hacer de la autonomía una facultad, una disponibilidad del sistema, no una imposición. De este modo, el “principio dispositivo” pasa a ser definitorio:

1. de las distintas modalidades de acceso a un determinado régimen de autogobierno territorializado,
2. de la correlativa arquitectura institucional (la organización de cada Comunidad Autónoma) y del correspondiente listado

competencial asumido (el “techo” de cada Comunidad Autónoma ).

Por lo que se refiere al primero de los principios referidos, el artículo 2 dice: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.”

Este artículo debe ser estudiado a la luz de su interpretación por el Tribunal Constitucional como ha hecho PULIDO QUECEDO, en concreto teniendo en cuenta las siguientes afirmaciones jurisprudenciales:

“...De ese modo, el Estado autonómico se asienta en el principio fundamental de que nuestra Constitución hace residir la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2 de la Constitución Española), de manera que aquélla, como señalamos en su momento, «no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones "históricas" anteriores» ( STC 76/1988, de 26 de abril , F. 3).” (Fundamento jurídico 4 de la sentencia 247/2007, del 12 de diciembre)

Por su parte, el Título VIII comienza por afirmar (art. 137 de la Constitución Española): “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades disfrutan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

El Estado autonómico español no cuadra de forma exacta en ninguno de los patrones. Pero no “por defecto” (por no llegar a uno u otro), como podría

pensarse, sino más bien “por exceso”, por su potencial versatilidad y flexibilidad frente a unos desarrollos que pueden llevarle “tan lejos” como cualquier federalismo.

Casi resulta innecesario anticipar que el carácter relativamente “abierto” del Estado autonómico habría de conducir –y así fue- a una gran potenciación del papel del Tribunal Constitucional en la iluminación de las claves y principios articuladores del sistema en el curso mismo de su construcción, especialmente como ha recordado FERNÁNDEZ FARRERES al entender de conflictos competenciales Estado/CCAA, muy numerosos durante los años inaugurales del modelo (1983-1988).

El artículo 147 CE sienta las bases normativas para esa “construcción jurídica” de toda comunidad autónoma, al preceptuar que cada una se fundará en un Estatuto de Autonomía (EA), que será, de acuerdo con su definición constitucional, la “Norma institucional básica de cada comunidad autónoma”. Cada Estatuto de Autonomía será siempre adoptado –y reformado- por ley orgánica aprobada por las Cortes Generales (arts. 147.3 y 151.2 CE).

De acuerdo con el artículo 147.2 CE, cada EA debe tener, además, un contenido material mínimo:

- a) la denominación de CA que mejor se corresponda con su identidad histórica;
- b) la delimitación de su territorio;
- c) la denominación, sede y organización de sus instituciones de autogobierno;
- d) las competencias a asumir y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. Por su parte, el artículo 147.3 CE prescribe, como se observó, que cada EA solo podrá ser reformado de acuerdo con el procedimiento previsto en su propio texto.

Por su parte, los artículos 143 a 146, 151 y 152 CE van a establecer, en principio, dos modalidades procedimentales (dos procedimientos) de acceso a la autonomía. Uno de ellos representaría el “modelo común” u “ordinario” (art. 143) y otro el “extraordinario” por su especial nivel de dificultad (art. 151 CE).

Solo para las CCAA instituidas por el 151, el artículo 152 preveía desde un principio un edificio institucional de determinadas características. En cambio, para las demás CCAA, las del artículo 143 CE, la imprecisión constitucional iba a ser –en principio, subrayamos de nuevo- muy notoria: no se preveía expresamente cuál sería el edificio institucional para éstas.

Como recuerda PULIDO QUECEDO, el Tribunal Constitucional interpretó el alcance de la iniciativa autonómica y del denominado principio dispositivo desde el momento de sus decisiones iniciales.

“...Como consecuencia, y en virtud de la disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configurado en formas muy distintas de un caso a otro. Ello no obstante, y sin perjuicio del margen dejado a las peculiaridades y características de cada nacionalidad o región, la CE contiene una serie de preceptos y disposiciones referentes a la ordenación de este proceso de reestructuración territorial del Estado, de los que se excluye el principio dispositivo, fijando normas a las que los entes autonómicos así creados deben atenerse. Estos preceptos se encuentran a lo largo de todo el texto constitucional, y se refieren a una multiplicidad de temas...” (Fundamento jurídico 2 de la STC 16/1984, del 6 de febrero).

Junto a las previsiones constitucionales estudiadas hasta aquí, deben aún estudiarse otras cláusulas constitucionales revestidas de importancia de cara a la ulterior definición de nuestro Estado autonómico y su correcta comprensión:

a) de un lado, en cuanto a la modalidad de acceso, deben ser estudiadas las tres previsiones del artículo 144 y algunas Disposiciones Transitorias de la Constitución;

b) de otro, en cuanto a las competencias, tienen que tenerse en cuenta las tres previsiones del artículo 150 CE; c) finalmente, en cuanto a la ordenación de las especialidades de algunas CCAA, deben considerarse las Disposiciones Adicionales 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> CE.

Existen otras cláusulas constitucionales para la definición del estado autonómico.

1. Por un primer lado, el artículo 144 CE prevé tres modalidades de contribución unilateral del legislador del Estado al “cierre” del mapa autonómico. En todas ellas se exige, como requisito, la apreciación por las Cortes Generales de razones de “interés nacional” que así lo aconsejen.
2. En el artículo 144.a) se contiene la posibilidad de adoptar por ley orgánica un EA para una provincia a la que no se reconozca “entidad regional histórica”: ese fue, en la práctica, el caso de la CA de Madrid.
3. En el artículo 144.b) se prevé la posibilidad de “autorizar y acordar” uno EA a territorios no integrados en la organización provincial (tal fue el caso de las LLOO 1 y 2/1995, de EA para las Ciudades de Ceuta y Melilla).
4. En el artículo 144.c) se prevé la posibilidad de “sustituir la iniciativa” (en caso de que esta fallase) de las Corporaciones Locales descrita en el artículo 143 al objeto de permitir la integración de un territorio en una CA: este procedimiento se utilizó:

- para reintegrar la provincia de Almería al proceso andaluz por la vía del artículo 151 (mediante la LO 13/1980, de 16 de diciembre)
  - para incorporar a Segovia al proceso castellano-leonés por la vía del artículo 143 CE (mediante la LO 5/1983, de 1 de marzo).
5. Por su parte, también las Disposiciones Transitorias 1.ª, 2.ª, 4.ª y 5.ª CE prevén especialidades procedimentales, de utilización dispositiva, para la regulación del acceso a la autonomía de ciertos territorios. Conforme a su naturaleza dispositiva o voluntaria:
- tanto la Disposición Transitoria 1.ª como, sobre todo, la Disposición Transitoria 2.ª, fueron ejercitadas en la práctica
  - por el contrario, ni la Disposición Transitoria 4.ª (relativa a la incorporación de Navarra a la CA del País Vasco) ni la Disposición Transitoria 5.ª (en relación con Ceuta y Melilla) tuvieron nunca realización práctica.

Por su parte, el artículo 150 CE prevé tres modalidades de integración normativa del "bloque de constitucionalidad" junto a la propia CE y los EEAA: a) las leyes marco (art. 150.1); b) las leyes orgánicas de transferencia o delegación de competencias del Estado (art. 160.2); las leyes de armonización (art. 150.3).

BALAGUER CALLEJÓN advierte que la utilización sucesiva de la técnica competencial del artículo 150.2 CE (las leyes orgánicas de transferencia o delegación) permitió otras tantas "redefiniciones" de la orden competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de que se trate. Esta técnica sirvió, entre otros objetivos:

- para permitir que dos CCAA del artículo 143 CE (la Canaria y la Valenciana, por medio de las LLOO 11 y 12/1982, respectivamente)

naciesen, en su momento, con unas competencias ampliadas hasta extremos análogos a las del artículo 151 CE;

- para posibilitar que 10 CCAA del 143 pudieran –de conformidad con los segundos grandes Acuerdos Autonómicos hasta la fecha: los Pactos Autonómicos Gobierno-PSOE-PP del 28 de febrero de 1992– ampliasen sus competencias hasta su "equiparación substantiva" con las del artículo 151 CE.

Existen por último diversas normas que fueron sacadas del articulado del Título VIII referidas a la determinación de las diferentes vías de acceso a la autonomía y en la definición de las instituciones y “techos” competenciales de las CCAA.

a) Así, en primer lugar, la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> subraya que la Constitución "ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales", y que su actualización deberá tener lugar, si es el caso, en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

b) Por la misma razón constitucional (la proyección de la cláusula de los "derechos históricos" de la Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> CE), la configuración jurídica de las CCAA del País Vasco y Navarra ("territorios forales" con "derechos históricos") presenta singularidades de gran calado en los tres planos de análisis habituales para el estudio del régimen de toda CA:

- i) institucional (por la existencia, en cada uno de estos territorios forales, de las respectivas Juntas Generales, o Parlamento foral, y de las Diputaciones Forales como órgano de gobierno);
- ii) competencial (por la titularidad de competencias singulares, heredadas de antiguos regímenes históricos), y
- iii) lo más importante: financiero y tributario (por la existencia de regímenes especiales de autonomía tributaria y fiscal).

c) Finalmente, por su parte, la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> se preocupa de recibir el "Régimen Económico Fiscal" especial de Canarias.



La cuestión de la naturaleza del modelo autonómico ha sido objeto de hondas discusiones entre los autores en España, y la sentencia del Tribunal constitucional de junio de 2010 en relación al Estatuto de Cataluña ha aportado un factor más para el debate cuando, en relación con el valor interpretativo de ciertas afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de su texto mantiene que:

“...En atención al sentido terminante del art. 2 CE ha de quedar, pues, desprovista de alcance jurídico interpretativo la referida mención del preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la autorepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima.

Por todo ello, los términos “nación” y “realidad nacional” referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término “nacionales” del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, “definida como nacionalidad” (art. 1 EAC) e integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo...” (Fundamento jurídico 12 in fine ).

Puede comprobarse que la propia jurisprudencia constitucional en una fecha tan reciente se ha visto obligada a aclarar cuestiones que posiblemente deberían estar ya resueltas desde una perspectiva jurídica en el texto constitucional.

## **LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

Una de las características más significativas de nuestro sistema constitucional de fuentes del derecho, es que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen constitucionalmente reconocido el poder de creación del derecho, y además nuestro sistema de fuentes se va a distinguir en la medida que de alguna manera coexisten en él dos ordenamientos jurídicos, el estatal y el autonómico cuyas relaciones no se pueden articular en base en el principio de jerarquía normativa (que operará obviamente en el interior de cada uno de ellos), sino atendiendo al criterio de la competencia material y territorial.

Con esto quiere decirse que cada una de las organizaciones que integran el que, con GONZÁLEZ ENCINAR, se puede llamar Estado unitario-federal, puede emanar normas jurídicas, pero mientras que el denominado "derecho estatal" tendrá vigencia (ya sea como derecho directamente aplicable, ya como derecho supletorio) en todo el territorio nacional, el ordenamiento jurídico de cada Comunidad Autónoma tan sólo estará vigente en el territorio que determinase su respectivo Estatuto de Autonomía.

Hay que advertir, que derecho autonómico y Estatuto de Autonomía, no son términos coextensos, así, el estudio del derecho autonómico no puede entenderse agotado con la referencia a las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, sino que comprende también todas las normas jurídicas creadas por los poderes autonómicos.

El artículo 147 de la Constitución establece que dentro de los términos de la Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

Los Estatutos de autonomía deberán contener ciertos aspectos simbólicos como la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su

identidad histórica o la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias; y otros sustantivos como son la delimitación de su territorio y las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a estas. Además, la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en estos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica.

Señala acertadamente PULIDO QUECEDO que el Tribunal Constitucional tiene delimitada la reserva estatutaria del artículo 147.2 como una reserva no absoluta, citando a tal efecto el siguiente pronunciamiento.

“...La determinación del contenido mínimo de los Estatutos que se hace en el artículo 147.2 de la Constitución en el puede conducir, sin embargo, a una conclusión como la que los recurrentes defienden, porque de ella no puede deducirse una reserva estatutaria absoluta, única hipótesis en la que la afirmación de los recurrentes sería indiscutible. Ciertamente no existe tal reserva ni siquiera frente a las leyes del Estado en lo que se refiere a las competencias [artículo 147.2, c)], ya que éstas pueden resultar también de las leyes estatales no estatutarias a que se refiere el artículo 150 de la Constitución. Tampoco existe tal reserva estatutaria absoluta frente a la Ley de la Comunidad Autónoma en lo que se refiere a la organización de las instituciones autónomas propias, cuyo desarrollo mediante Ley no podría considerarse contrario al artículo 147.2, c). Y lo mismo hay que decir de la determinación de la sede de tales instituciones. El precepto contenido en el artículo 147.2 c), de la Constitución significa sin duda la absoluta exclusión de la norma estatal no estatutaria, pero no se ve razón para afirmar que se ha infringido cuando, como ocurre en el caso presente, aun no fijándose la sede por su nombre, se establece qué órgano habrá de determinarla, cuándo y dónde habrá de hacerlo y con qué mayoría, que es perfectamente acorde con una interpretación, que no hay motivos para rechazar, que ve en el artículo 147.2, c), una reserva estatutaria sólo relativa en la materia

que nos ocupa.” (STC 89/1984, del 28 de septiembre, fundamento jurídico 7)

Como antecedente de este precepto GARRIDO MAYOL cita el artículo 11 de la Constitución española de 1931 a cuyo tenor: “si una o varias provincias limítrofes, con características históricas, culturales y económicas, comunes, acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político-administrativo dentro del Estado español, presentarán su Estatuto conforme a lo establecido en el artículo 12. En ese Estatuto podrán solicitar para sí, en su totalidad o parcialmente, las atribuciones que se determinan en los artículos 15, 16 y 18 de esta Constitución, sin perjuicio, en el segundo caso, de que puedan solicitar todas o parte de las restantes por el mismo procedimiento establecido en este Código fundamental. La condición de limítrofe no es exigible a los territorios insulares entre sí. Una vez aprobado el Estatuto, será la ley básica de la organización política administrativa de la región autónoma, y el Estado español la reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.”

El artículo 147 enumera cuatro elementos que de forma obligatoria ha de contener todo Estatuto de Autonomía pero que en la jurisprudencia reciente del máximo intérprete de la Constitución se han relajado mucho.

Sobre este contenido de los Estatutos es ilustrativa la posición del Tribunal Constitucional con motivo de la resolución del recurso acerca del Estatuto de Valencia, cuando dice:

“...En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones

constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma.” (STC 247/2007, del 12 de diciembre)

También resulta de particular interés explicitar lo que PULIDO QUECEDO denomina “compleja y perpleja solución en torno a la constitucionalidad” de ciertos derechos consagrados en el Estatuto valenciano, atendiendo para ello a la jurisprudencia siguiente.

“...Lo primero que hay que destacar es que el art. 17.1 EACV no enuncia un derecho ya regulado en la Constitución (Capítulo II del Título I), esto es, en sus propios términos, no se identifica con ninguno de ellos. Por lo tanto, en cuanto que enunciado en un Estatuto, no goza de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el art. 53.1 CE: regulación reservada a la Ley, respeto a su contenido esencial y vinculación a todos los poderes públicos. Es decir, no estamos ante un derecho que pueda ser incluido en el ámbito de los «derechos fundamentales y libertades públicas» que la Constitución reconoce y garantiza, pues estos últimos «son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (art. 53 CE)»” (STC 247/2007, del 12 de diciembre).

La más reciente sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 del 28 de junio es un magnífico documento jurídico que recuerda la posición que dentro del ordenamiento español tiene el Estatuto de Autonomía. En efecto, el fundamento jurídico tercero aporta la siguiente doctrina:

“...Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que *no son expresión de un poder soberano*, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco

de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución stricto sensu, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desenvuelve el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la Constitución de todas las normas que, sea cual sea su cometido con una perspectiva material o lógica, no se integran en el Ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal; única que atribuye a los contenidos normativos –también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución– la posición de supremacía reservada a la Norma Fundamental del Ordenamiento jurídico...”

Estas reflexiones del Tribunal Constitucional no son nuevas puesto que desde pronunciamientos muy iniciales de 1983 (valga por todos el contenido en la sentencia 72/1983, del 29 de julio) se destacó que el Estatuto de Autonomía es la norma delimitadora de competencias en cuanto integra el bloque de la constitucionalidad, y en definitiva se dicta para delimitar las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva.

Xosé Antón Sarmiento Méndez.  
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo.

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OTRAS DE LA SIGUIENTE  
BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA

- Balaguer Callejón, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, Vol. I., Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 2008, 326-332.
- Tajadura Tejada J. *Reformas territoriales y Estado Social*. Sistema: Revista de ciencias sociales, Nº 196, 2007, 49-74
- Toboso López F. *Algunas claves organizativas del estado de las autonomías español y sus consecuencias*. RAE: Revista Asturiana de Economía, Nº. 32, 2005, 43-66
- Parrado Díez S. *Sistemas administrativos comparados*. Madrid: Universitat Pompeu Fabra, 2002.
- Pulido Quecedo, M. capítulo 2º del Manual de actuación del Parlamentario coordinado por Sarmiento Méndez X. A. Editorial El Derecho, 2011.
- Santaolalla López, F., *Derecho constitucional*, Dykinson, 2.ªed, Madrid, 2010, 105-116.
- Sarmiento Méndez X. A. *Manual de Derecho Constitucional*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo. 2010.

**15. COMPETENCIAS DE LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA  
MODIFICACIÓN  
EXTRAESTATUTARIA DE LAS  
COMPETENCIAS AUTONÓMICAS:  
LEYES MARCO, DE  
TRANSFERENCIA Y  
DELEGACIÓN Y DE  
ARMONIZACIÓN. LA RESERVA  
DE COMPETENCIAS AL ESTADO:  
NORMATIVA BÁSICA. LA  
ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE  
COMPETENCIAS Y LA  
CLÁUSULA DE CIERRE DEL  
ARTÍCULO 149.3.**



## **TEMA 15**

**COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEYES MARCO, DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN. LA RESERVA DE COMPETENCIAS AL ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; LA ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS Y LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 149.3**

### **1.- COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS**

#### **1.1.- Aspectos conceptuales**

En términos generales, la competencia es el ámbito material, determinado por Ley, en cuyo marco una Administración puede ejercer su actividad. La competencia es por tanto el mecanismo en el que se fundamenta jurídicamente cualquier actuación administrativa, de ahí la importancia de su previa delimitación.

El Estado autonómico comporta un reparto de poder político y administrativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que tiene su reflejo en el sistema de distribución de competencias entre ambos.

Al hablar de las competencias de las Comunidades Autónomas, estamos refiriéndonos al propio concepto de competencia, antes señalado, pero desde otro punto de vista, estamos aludiendo también a un aspecto que nos permite entender el fenómeno autonómico en sí mismo, ya que en él reside el valor esencial del papel que las Comunidades Autónomas representan dentro del Estado. La distribución de competencias es indicativa,

además, del grado que alcanza la autonomía de una determinada Comunidad Autónoma.

La noción de competencia abarca también a las llamadas "funciones", como ámbito concreto y material que conforma dicho concepto. A este respecto, se suele aludir, como clasificación más común a una función legislativa y una función ejecutiva, distinción esta en la que se incluye, la función reglamentaria y la de administración o gestión.

### **1.2.- La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los artículos 148 y 149 de la Constitución**

Las competencias de las Comunidades Autónomas vienen delimitadas en los respectivos Estatutos de Autonomía, con base en el marco competencial definido en la Constitución (art.147.2 d) CE. En efecto, tanto las competencias que corresponden al Estado como las que pueden corresponder a las Comunidades Autónomas aparecen delimitadas en el Título VIII del Texto Constitucional, concretamente en sus arts. 148 y 149, por medio de un sistema llamado de "doble lista", caracterización ésta ampliamente extendida pero con la que, sin embargo, no todos están de acuerdo; así, entre otros, COSCULLUELA MUNTANER, defiende que existe una única lista, la del art.149.

El sistema de distribución de competencias tiene que ajustarse a una serie de principios generales que la propia Constitución recoge en diferentes artículos. Así los contenidos en el art.2, cuando dice que la Constitución se fundamenta en la unidad de la nación española y en el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones; en el art.137, que establece como criterio para el reparto de poder el de la asignación a cada instancia de lo que concierne a sus respectivos intereses; en el art.138, en el que se contempla el principio de solidaridad y no discriminación entre territorios o

en el art.139, de igualdad de los españoles en cualquier parte del territorio y libertad de circulación y establecimiento.

El Texto Constitucional, a través del sistema contemplado en los arts. 148 y 149, ha pretendido concretar qué competencias han de corresponder en todo caso al Estado (las del art. 149.1: *el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias...*) y cuáles, de entre las contenidas en una lista abierta, pueden corresponder a las Comunidades Autónomas. Por tanto, contrariamente a lo que sucede en el caso del Estado, la Constitución no realiza una atribución directa de competencias a las Comunidades Autónomas, sino que deja que sean estas, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, las que dispongan qué nivel de competencias quieren asumir como propias ( principio dispositivo), dentro del listado de materias previsto en el art. 148.1: *"Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias..."*. El principio dispositivo permite pues, en principio, tantos niveles competenciales como Comunidades Autónomas existen, aunque en la práctica, es bastante similar entre todas ellas, con la salvedad de las singularidades derivadas del hecho diferencial que afecta particularmente a algunas Comunidades Autónomas.

La lista del art.148 tiene un valor limitado en el tiempo, ya que transcurridos cinco años desde la aprobación del respectivo Estatuto de Autonomía, mediante la reforma de este, las Comunidades Autónomas han estado en condiciones de asumir todas las competencias no reservadas por el art.149 al Estado. Por ello muchos autores consideran que el artículo 148, en pura técnica normativa, en cierto sentido responde a los caracteres propios de una disposición transitoria.

De hecho, con los sucesivos procesos de reforma estatutaria, este artículo ha perdido todo su sentido, habiendo alcanzado la mayoría de las Comunidades Autónomas, como decimos, un techo de competencias similar. En el momento actual el único límite que a este respecto existe para las

Comunidades Autónomas es el del art.149.1, salvo que acudan a una transferencia o delegación por la vía del art.150.2.

Las materias relacionadas tanto en el artículo 148 como en el art.149 son muy heteróneas y su enumeración no siempre obedece a un criterio claro y preciso, pues en ocasiones se relacionan materias genéricas y en otros más específicas; algunas materias están referidas a una actividad ( la pesca ), en otras a una institución jurídica (propiedad industrial) o en otras a determinados bienes (minería). No obstante, en cuanto se refiere a aquellas materias competencia del Estado, se puede decir que todas están interconexiónadas por la presencia de un interés general prevalente, es decir, afectante a todos los ciudadanos. Precisamente, por tal razón, es por lo que se ha entendido que debe reservárselas aquél.

El art.149.3, completa el sistema de distribución de competencias a través la llamada “cláusula residual” o “cláusula de cierre”, a la que luego nos referiremos.

Finalmente, hay que citar la previsión contenida en el art.150 que posibilita la asunción extraestatutaria de competencias, concretamente, a través de leyes marco, las Leyes de delegación y transferencia y las Leyes de armonización.

### **1.3.- Las competencias de las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía**

La delimitación de competencias autonómicas que, en general, realizan los distintos Estatutos de Autonomía, responde a la clásica distinción entre competencias exclusivas y competencias compartidas.

#### **A) Competencias exclusivas**

Las competencias exclusivas, se corresponden con las del máximo nivel, ya que, en principio, no están mediatizadas por circunstancia

ninguna, correspondiendo a la Comunidad Autónoma en exclusividad, pues le están atribuídas todas las funciones, tanto legislativas como de desarrollo legislativo y de ejecución. Sin embargo, conviene matizar que dicho carácter exclusivo aparece, en algunos casos, muy relativizado, lo que, finalmente, lleva a considerar que la nota de exclusividad opera con muy distinto alcance. Ello se puede apreciar, entre otros, en los siguientes supuestos:

- Aquellas competencias sobre las que las Comunidades Autónomas ejercen la totalidad de las funciones correspondientes a una determinada materia, es decir, de nivel máximo, entre cuyos ejemplos se pueden citar la organización de las instituciones de autogobierno o la promoción y la enseñanza de la lengua propia.

- Existen, por otro lado, supuestos en los que la Comunidad Autónoma ejerce sobre determinada materia ciertas funciones -bien sea el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, bien sea sólo la de ejecución- reservándose otras al Estado. Ejemplos de esta categoría son las normas adicionales sobre protección del medio ambiente.

- Además, existen competencias que ejercen indistintamente tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, con el único límite de que no se produzcan interferencias en su ejercicio.

Finalmente hay que referir el supuesto de las denominadas competencias exclusivas de segundo grado, en las que la Comunidad Autónoma ostenta la totalidad de las funciones respecto a una determinada materia competencial, si bien dicha competencia debe ejercerse de acuerdo con las bases y la ordenación general de la economía y de la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149, 1, 11 y 13, de la Constitución. En definitiva, dicha competencia está en cierto modo constreñida en virtud de los denominados títulos

competenciales generales u horizontales pertenecientes al Estado, así llamados porque inciden horizontalmente en las restantes materias.

Se trata de actividades relacionadas con la economía y los diversos sectores que la componen, como el fomento y planificación de la actividad económica general, la industria, la agricultura, la ganadería, el comercio interior etc.. En definitiva, en estos supuestos la Comunidad Autónoma, en la materia de la que se trate, está en condiciones de desarrollar una política propia, pero en todo caso sujeta a las orientaciones e intervenciones de coordinación que el Estado establezca.

Ahora bien, no obstante el poder coordinador con el que el Estado cuenta en estas materias, como tiene señalado el Tribunal Constitucional, su ejercicio no puede en ningún caso producir el vaciamiento de la correspondiente competencia autonómica.

#### B) Competencias compartidas

Como ya se señalaba, el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas concebido por la Constitución prevé en ocasiones la atribución íntegra de la competencia sobre una determinada materia a una de las dos instancias y en otras, sin embargo -el supuesto al que nos referimos en este apartado- establece un sistema de reparto entre ellas según una doble modalidad: o bien comparten ambas la competencia sobre dicha materia, o bien simplemente ambas ejercen funciones (diferentes) en relación a una misma materia.

El primer supuesto, de compartición de la materia, tiene como uno de los ejemplos de referencia el previsto en el art.148.1.4 de la Constitución que atribuye como competencia a las Comunidades Autónomas la de “obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio”, mientras que por su parte el art.149.1.24 atribuye al Estado la competencia sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

El segundo supuesto es el de compartición de funciones a ejercitar en relación a una determinada materia –el más común– que se produce cuando se atribuye a una instancia la competencia legislativa y a la otra la competencia ejecutiva, la primera, en lo que se refiere a la normativa básica al Estado y la segunda a la Comunidad Autónoma.

Normalmente se pueden distinguir dos niveles de competencias compartidas en los Estatutos de Autonomía: uno en el que la competencia de la Comunidad Autónoma abarca el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, como es el caso relativo al Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de que se trate o del régimen estatutario de sus funcionarios; otro es el supuesto en el que se atribuye a la Comunidad Autónoma tan sólo la ejecución de la legislación estatal. Respecto de este último se puede citar como referencia la legislación laboral o de Propiedad industrial e intelectual.

#### **1.4.- Fórmula de articulación y de materialización de las competencias autonómicas**

En este caso nos estamos refiriendo al cauce formal de materialización de competencias, que se lleva a cabo a través de los reales decretos de traspasos de bienes, servicios, personal y recursos financieros y que históricamente ha sido el instrumento más habitual por el que se han producido las transferencias a las Comunidades Autónomas.

Conviene aclarar a este respecto que, como ya se ha recogido, realmente, las competencias autonómicas se asumen por medio de los respectivos Estatutos de Autonomía. A través de los Reales Decretos de traspasos el Estado, únicamente, pone a disposición de las Comunidades Autónomas los medios humanos y materiales para poder ejercer efectivamente dichas competencias. Así pues el sentido de los reales decretos de traspasos se limita a una función interpretativa del contenido y alcance de los servicios traspasados por el Estado. El Tribunal Constitucional

tiene señalado, a este respecto, que el Real Decreto de traspasos es un instrumento *“útil para determinar el alcance de la competencia”*. Por ello, quizás, en muchos decretos de traspasos se determinan incluso las funciones que sobre la materia de que se trate se reserva el Estado, aquellas que se ejercitarán por la Comunidad Autónoma y aquellas que se ejercerán en régimen de colaboración.

El punto de partida en esta materia viene recogido por el artículo 147 d ) de la Constitución a tenor del cual los Estatutos de Autonomía deberán contener entre otras menciones, las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

Históricamente los traspasos de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas se ha venido realizando a través de las Comisiones Mixtas Estado- Comunidad Autónoma, a las que les correspondía concretar qué bienes y servicios eran objeto del traspaso. Una vez determinados estos, por mutuo acuerdo, la Comisión elevaba una propuesta, vinculante, al Gobierno para su aprobación mediante Real Decreto.

En lo que respecta a Galicia, antes de la entrada en vigor del Estatuto se constituyó la Comisión Mixta de Transferencias, a través del Real Decreto 464/1978, de 16 de marzo. Posteriormente, el Estatuto de Autonomía, en su disposición transitoria 4, previó la creación de una Comisión Mixta paritaria integrada por representantes del Estado y de la Comunidad Autónoma. Dicha Comisión Mixta debía establecer sus normas de funcionamiento, concretamente, determinando los calendarios y plazos para el traspaso de cada servicio.

## **2.- LA MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEYES MARCO, DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN**



## **2.1.- El art.150.2 de la Constitución**

Si los Estatutos de Autonomía son el marco normativo de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con arreglo al esquema constitucionalmente previsto, la modificación de dicha delimitación, únicamente podrá ser llevada a cabo mediante la reforma de aquellos.

El sistema en la práctica, sin embargo, no resulta tan rígido, pues las competencias estatutarias puede ser ampliada, sin necesidad de reforma estatutaria, mediante leyes a tal efecto previstas por la Constitución. Concretamente su art. 150 tiene establecidos tres distintas modalidades modificativas: las leyes marco, las leyes de armonización y las leyes de transferencia y delegación. Es necesario significar que los contemplados en el texto constitucional son tres mecanismos excepcionales en cuanto dirigidos a modificar el esquema normal de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que viene fijado conjuntamente y de modo coordinado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

En cualquier caso estamos ante modalidades que actúan como vías de atribución extraestatutaria de competencias, si bien conviene puntualizar que las leyes de armonización no son propiamente normas habilitadoras de competencias, sino más bien, en cuanto tienen por misión armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, suponen de hecho una limitación por parte del Estado a las competencias propias o exclusivas de aquellas. En todo caso dicha limitación viene justificada, eso sí, por un valor superior que representa el interés general.

## **2.2.- Leyes marco**

Dispone el art. 150.1 de la Constitución que *“Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de*

*las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, encada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”.*

SANTAMARÍA PASTOR, señala dos características esenciales de esta modalidad legislativa:

- En primer lugar, la ley marco es una modalidad de delegación legislativa, mediante la cual la ley estatal, en lugar de agotar por sí la regulación de una materia sobre la que es competente, opta por remitir una parte de dicha regulación a las Comunidades Autónomas.
- En segundo lugar, la ley marco es una técnica de ampliación de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, mediante la cual el Estado puede extender el campo de acción de esta a materias no asumidas mediante su respectivo Estatuto de Autonomía; un supuesto pues, de ampliación extraestatutaria, en cuanto se realiza por una norma distinta del Estatuto de Autonomía, y unilateral, que el Estado lleva a cabo por su libre decisión y que puede modificar o revocar en cualquier momento.

En definitiva, las leyes marco son normas que habilitan competencias a favor de las comunidades Autónomas, que de este modo, en los ámbitos a los que van referidas, comparten competencias con el Estado que antes eran exclusivas de este.

Se ha especulado sobre si estamos aquí ante una modalidad de delegación recepticia, como la regulada en los artículos 82 y 83 de la Constitución, particularmente la referida a las leyes de bases. Sin embargo, a diferencia de esta, en la que se produce una delegación de las Cortes generales en favor del ejecutivo del propio Estado, aquí nos encontramos,

como hemos visto, ante una fórmula de delegación que puede operar en favor de las Comunidades Autónomas, y en la que, por tanto, no entran en juego los límites establecidos por los artículos 82 y 83 citados.

El art.150.1 no impone límites ni al tipo de delegación ni al contenido de esta, por lo que puede darse el caso de que la ley marco contenga tan sólo una habilitación a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas, sin otro objeto sustancial, por tanto, que el meramente habilitante. En todo caso el único límite que afectaría a esta modalidad sería el de la fijación estricta de principios, bases o directrices, no pudiendo por tanto ir más allá de estos, quedando a las Comunidades Autónomas la misión de desarrollarlos.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto de la ley marco, estas son, de acuerdo con la dicción legal, las de “competencia estatal”, expresión esta que cabe interpretar referida a aquellas competencias contenidas en el art.149.1 de la Constitución y además todas aquellas asumidas por el Estado en virtud de la cláusula residual del art.149.3, a la que nos referiremos más adelante.

El art.150.1, al establecer que la ley marco ha de prever la modalidad de control de las Cortes Generales sobre las normas que en su desarrollo dicten las Comunidades Autónomas, está poniendo especialmente el acento en el hecho de que la titularidad de la competencia no resulta alterada, permaneciendo en todo caso en manos del Estado -como corresponde genéricamente a toda delegación competencial- y por tanto este puede recuperarla mediante ley de contrario dictada a tal efecto.

La Constitución, al expresar también que el control de las Cortes lo es sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, está a referirse a dos tipos diferentes de controles: el político, que es el que se reservan las Cortes Generales en la propia ley marco, y el jurisdiccional que en su caso podrán llevar a cabo los Tribunales de justicia. Ha de entenderse en este punto que la genérica alusión a los Tribunales, va referida tanto al Tribunal

Constitucional, a través del recurso de inconstitucionalidad, como a los Tribunales ordinarios, en este último caso mediante el planteamiento de la cuestión previa de inconstitucionalidad, que tiene lugar mediante la vía prevista en el art. 163 de la Constitución.

Nada dice el texto constitucional sobre cuál es el órgano de las Comunidades Autónomas que ha de dictar la norma o normas legislativas en desarrollo de la ley marco. Hay que decir que sobre este particular habrá que estar a lo previsto en los respectivos Estatutos de Autonomía, pero en todo caso nada parece oponerse a que tal desarrollo pueda tener lugar, o bien por parte del Parlamento autonómico correspondiente, o bien que este pueda encomendar dicha tarea al órgano de gobierno.

Finalmente hay que señalar que en el sistema de jerarquía normativa, las leyes marco ocupan la misma posición que una ley ordinaria. Sin embargo, lo cierto es que la ley marco está en cierto modo en un nivel superior que la legislación de desarrollo, en cuanto limita el contenido de esta y puede ejercer controles sobre ella.

### **2.3.- Leyes de transferencia y delegación**

El art. 150.2 dispone que : *“El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”.*

Esta fórmula legal ha sido recogida también en diversos Estatutos de Autonomía así, entre otros, el estatuto gallego que prevé en su art. 36 que *“1. La Comunidad Autónoma gallega podrá solicitar del Estado la transferencia o delegación de competencias no asumidas en este Estatuto. 2. Corresponde al Parlamento de Galicia la competencia para formular las*

*anteriores solicitudes, y para determinar el organismo de la Comunidad Autónoma gallega a cuyo favor se deberá atribuir en cada caso la competencia transferida o delegada”.*

A diferencia del supuesto previsto en art. 150.1, antes visto, en las leyes de transferencia y delegación, si bien el Estado se reserva fórmulas de control, no se fijan sin embargo, como en las leyes marco, los principios bases o directrices dentro de los que se han de desenvolver las facultades atribuídas, elementos estos que actúan, como ya dijimos, como auténticos límites al ejercicio de la competencia por parte de las Comunidades Autónomas. En definitiva, estamos ante una habilitación muy amplia y de ahí, tal vez, la exigencia de ley orgánica para la norma habilitante.

Pasamos ahora a analizar los elementos que contiene este precepto, comenzando por el referente al doble término de *"transferencia"* o *"delegación"* que utiliza el artículo. Pues bien, la cuestión ha recibido algún tratamiento doctrinal, así mientras que para GARCÍA DE ENTERRÍA, la distinción carece de verdadera relevancia, para otros en cambio, la distinción da cuenta de la diferente intensidad que puede tener la asunción de competencias de las Comunidades Autónomas con base en este precepto, plena en un caso y condicionada en el otro.

Por otra parte el precepto prevé como objeto de la transferencia o delegación *“facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”*. Al respecto, en primer lugar, resulta claro que las facultades transferidas o delegadas lo son en relación a materias de titularidad estatal. No es tan clara, sin embargo, la referencia a las materias *“que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”*. En principio, con dicha expresión, cabe en todo caso entender, a sensu contrario, que hay determinadas materias que resultan intransferibles e indelegables y que en este caso, por tanto actúan como límites a la transferencia o delegación.

Y en este punto hay que lamentar que la Constitución no hubiera establecido, expresamente o con relación a determinado artículo del texto, un listado de materias de titularidad estatal que no resultan transferibles o delegables o bien de aquellas que sí lo son, sobre todo teniendo en cuenta que es el propio art.150 el que permite que las competencias de titularidad estatal pueden ser transferidas a las Comunidades Autónomas.

Las posiciones doctrinales a este respecto van desde un extremo a otro. Por un lado las que consideran que dado que no es posible la transferencia de competencias o materias completas, sino solo de *“facultades”* correspondientes a materias de titularidad estatal, bajo esta óptica tampoco cabría admitir que existan materias intransferibles o indelegables, es decir, que no admitan, en mayor o menor medida, la colaboración autonómica ( GARCÍA DE ENTERRÍA). Esta posición, sin embargo, es contraria a la que mantiene otro sector doctrinal quien considera que no son transferibles ni delegables las materias sobre las que el Estado posee una competencia íntegra o plena, y cuyo ejemplo más significado es el del art. 149.1.4ª de la Constitución (Defensa y Fuerzas Armadas).

Otro elemento de la regulación constitucional del artículo que tratamos es el de la forma de la norma delegante. Resulta claro sobre este punto que las transferencias y delegaciones previstas en el art. 150.2 han de formalizarse mediante ley orgánica. Hay que reparar, sin embargo, en que, salvo la referencia a la previsión sobre la transferencia de medios financieros que hará posible la asunción de la transferencia, no existe en el precepto referencia alguna al contenido de la ley orgánica.

Existe otro aspecto de interés en el artículo, al que nos hemos referido al comienzo, que es el de la naturaleza de las competencias transferidas y más concretamente, si pueden ser las puramente ejecutivas o si además pueden serlo las normativas. Y sobre este particular, con independencia de la posición doctrinal por la que se opte, la realidad es

que la práctica ha impuesto que pueden ser tanto unas como otras. Así en las transferencias llevadas a cabo por Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre de 1995, a la Comunidad Autónoma de Galicia, se contienen tanto competencias exclusivas (cooperativas y mutuas, espectáculos públicos, transporte marítimo en la Comunidad), como competencias de desarrollo legislativo y ejecución, y competencias puramente ejecutivas.

En lo que se refiere al posible límite temporal de dichas delegaciones o transferencias, hay que decir que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no parece existir inconveniente en que, con posterioridad a la adopción de la ley orgánica, el Parlamento dicte una nueva ley, con el mismo carácter, para que el Estado recupere las competencias anteriormente transferidas o delegadas.

En lo referente a los controles a los que están sujetos estas leyes y a los que se refiere también el art.150.2, este se limita a señalar que deberán ser previstos en la correspondiente ley orgánica, pero sin indicar con qué contenido deben operar dichos controles.

Una parte de la doctrina, ha distinguido según se trate de funciones objeto de delegación y funciones objeto de transferencia. De este modo consideran que las primeras pueden ser objeto de control por el Gobierno y no así en cambio las funciones objeto de transferencia que serían controlables por la propia Comunidad Autónoma destinataria de la transferencia. Ello guardaría relación con el hecho de que la transferencia opera de una forma más incondicionada, lo que no ocurre con la delegación en la que el órgano delegante mantiene un mayor control sobre las facultades delegadas.

Pero una vez más aquí la práctica se impone y así se dan supuestos muy variados desde los que señalan a las Comunidades Autónomas la obligación de facilitar a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre las materias transferidas, a aquellos otros en los que se

exige que los servicios transferidos mantengan un determinado nivel de eficacia, previendo la posibilidad, en caso de incumplimiento y previo requerimiento, la posibilidad de suspender las facultades y servicios, dando cuenta a las Cortes Generales.

Como ejemplo concreto, podemos traer aquí el del art. 7 de la Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, por el cual la Comunidad Autónoma de Galicia debía adaptar el ejercicio de las competencias transferidas a través de la ley orgánica a determinados principios y controles. Así concretamente:

*“a) La Comunidad Autónoma de Galicia facilitará a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre las materias correspondientes.*

*b) Las facultades y servicios transferidos mantendrán, como mínimo, el nivel de eficacia que tengan en el momento de la transferencia.*

*c) En caso de incumplimiento de los requisitos anteriores, el Gobierno requerirá formalmente al respecto a la Comunidad Autónoma y, si persistiere el incumplimiento, podrá suspender a partir de los tres meses las facultades y servicios, dando cuenta de ello a las Cortes Generales, quienes resolverán sobre la procedencia de la decisión del Gobierno, levantando la suspensión o acordando la revocación del ejercicio de la facultad transferida.”*

#### **2.4.- Leyes de armonización**

El art.150.3 de la Constitución dispone que *“El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”*.

Se trata a través de esta modalidad de permitir al Estado, en determinados supuestos, utilizar una fórmula que aporte elementos de coherencia a las normas dictadas por las Comunidades Autónomas. Dicho



de otro modo, esta modalidad se justifica en la necesidad de que exista una legislación uniforme en una determinada materia, cualquiera que esta sea.

Estamos, como puede fácilmente apreciarse, ante un sistema excepcional, utilizable de forma restrictiva, sólo, según el Tribunal Constitucional, cuando *“el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general”* (STC 73/1983); y ello porque a través de esta modalidad se habilita al legislador estatal para, de algún modo, interferir en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En cierta medida, la ley de armonización actúa como límite al ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus potestades legislativas, pues vincula los contenidos de estas. Ciertamente es que, fuera de los "principios armonizadores" que contienen, a los que debe atenerse la legislación autonómica, las leyes de armonización en ningún caso pueden implicar una modificación de los Estatutos de Autonomía ni dejar sin contenido las normas autonómicas en la materia objeto de armonización.

En otro orden de argumentos, esta modalidad se explica por la *“imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos que la propia Constitución haya previsto de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas”* (STC 76/1983).

En definitiva, las leyes de armonización fueron concebidas por el constituyente como un sistema de salvaguarda del interés general. Es cierto que este ya ha sido considerado por la Constitución a la hora de establecer el reparto competencial, pero, se da la circunstancia de que pueden existir supuestos en los que se haga precisa una mayor concreción de dicho interés por el legislador estatal.

Sin embargo, no basta con la mera apelación, en abstracto, al interés general para que este sea apreciado, ni que se obtenga el respaldo formal

de la mayoría absoluta de las dos Cámaras, sino que se requiere, además, una objetiva exigencia de uniformidad normativa.

A pesar de que la armonización afecta normalmente a las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, según el Tribunal Constitucional *“no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando, en el caso de competencias compartidas, se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las CCAA produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación (STC 76/1983).*

Si bien la redacción del art. 153 de la Constitución pudiera dar a entender otra cosa, las leyes de armonización pueden adoptarse previamente o con posterioridad a la aprobación de las normas autonómicas cuya armonización se pretende.

La Constitución guarda silencio respecto de las características técnicas que deben reunir las leyes de armonización. La única referencia a este respecto la encontramos en la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) que se configuró como una norma de aplicación directa e inmediata, con efectos generales, aplicables desde el momento mismo de su entrada en vigor.

Esta norma también nos ha ofrecido pistas sobre el procedimiento formal de la elaboración de estas leyes. En todo caso y como ya se apuntó, previamente al inicio de dicho procedimiento, el inciso final del art. 150.3 requiere que las Cortes Generales, por iniciativa de la mayoría absoluta de cada Cámara, aprecien la necesidad de una Ley armonizadora. A partir de entonces no serán admitidas enmiendas que contradigan la necesidad ya apreciada.

Dicha iniciativa puede provenir del Gobierno, de dos Grupos parlamentarios o de 1/5 de los Diputados (art. 168.1 del Reglamento del

Congreso), o puede corresponder, en el caso del Senado, al Gobierno o a 25 Senadores (art. 141.1 del Reglamento del Senado). En este último caso las propuestas deberán ser informadas por la Comisión General de las Comunidades Autónomas, antes de su elevación al Pleno del Senado

En lo que se refiere al procedimiento propiamente dicho de la elaboración de las leyes de armonización, su tramitación, en lo esencial, no difiere del establecido para las leyes ordinarias.

### **3.- LA RESERVA DE COMPETENCIAS AL ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; LA ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS Y LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 149.3**

#### **3.1.- La normativa básica**

En este caso estamos refiriéndonos a las materias de competencia estatal, contenidas, como vimos, en el artículo 149 de la Constitución, en las que se puede producir la concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Estos supuestos también abarcarían a las competencias del art.148 de la Constitución que, aun pudiendo ser de competencia exclusiva de aquellas, pudieran requerir la intervención del Estado para salvaguardar el interés general en cualquier orden.

Pues bien, en estos supuestos, las Cortes Generales pueden aprobar normas conteniendo los criterios generales de regulación de una determinada materia, que de esta forma constituirán un régimen general, uniforme y mínimo en dicha materia que las Comunidades Autónomas deben respetar -en ningún caso pueden ser modificadas ni derogadas por las leyes de las Comunidades Autónomas- y en todo caso pueden desarrollar.

Así la STC de 20 de julio de 1984, en referencia a la normativa autonómica, señalaba que determina que *«se lleva a cabo como desarrollo de las bases de la legislación estatal, por lo que los actos que en ejecución*

*de esta competencia se realicen habrán de moverse siempre en el marco de las bases y dentro del espíritu de ellas».*

El Tribunal Constitucional también, en reiterada jurisprudencia, ha venido matizando, el concepto de bases o normas básicas bajo una concepción a la vez formal y material de estas, si bien, otorgando un cierto predominio a la concepción material. Así en su STC 69/1988, de 19 de abril señala que *“tenemos una doctrina constitucional consolidada que construida sobre el núcleo esencial del concepto material de la norma básica, se complementa con elementos formales dirigidos a garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas”*

El concepto material de lo “básico”, viene representado por el hecho de que esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales en las normas (en el primer caso, concepto formal), son los que en todo caso se deducen racionalmente de la legislación vigente.

En definitiva y esencialmente es el elemento material el que permite calificar a una norma como básica y por su parte el elemento formal debe acompañar a la norma materialmente considerada básica como un requisito esencial de seguridad jurídica.

Así pues, de todo ello puede deducirse que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual nos situaría como vimos en una noción formal de bases) sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido (así, sentencias del TC de 28 de julio de 1981 y de 28 de enero de 1982). Es importante señalar a este respecto que, precisamente porque la noción de bases es una noción esencialmente material, a la definición de lo que sea básico pueden contribuir no sólo las leyes sino también las normas reglamentarias (STC de 28 de enero de 1982).

El Tribunal Constitucional ha definido la legislación básica como *“Regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general podrá establecer las peculiaridades que le convengan”* (STC de 28 de enero de 1982).

Por tanto a través de la normativa básica se garantiza la unidad e igualdad de condiciones entre los ciudadanos, debiendo las Comunidades Autónomas moverse dentro de esos límites en el ejercicio de sus competencias. Ello no obsta para que la normativa estatal básica pueda ser complementada por leyes y desarrollada por normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de que se trate, lo que da origen a una pluralidad de regulaciones autonómicas.

Es así también como la noción de norma básica, junto a la de norma de desarrollo, forman parte de los conceptos que la Constitución emplea para repartir funciones públicas, entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con una determinada materia.\_

**3.2.- La atribución estatutaria de competencias y la cláusula de cierre del art.149.3** Como ya se hemos dicho, las competencias de las Comunidades Autónomas vienen delimitadas en los respectivos Estatutos de Autonomía, con base en el marco competencial definido en la Constitución. Según establece su art.147.2 d) de la Carta Magna, son los Estatutos de autonomía las normas llamadas a fijar *“las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución”*. En efecto, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas aparecen delimitadas a través de un sistema de doble lista en el Título VIII del Texto Constitucional (arts. 148 y 149).

Este esquema, aparentemente simple, se vuelve sin embargo complejo con la vigencia de una serie de reglas correctoras que completan el inicial sistema y que son las previstas en el art.149.3 de la Constitución. De esta

forma se podría decir que, en realidad, el sistema competencial sobre el que se articula el Título VIII de la Constitución responde a un esquema de doble lista y cláusula de cierre, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de la existencia de un sistema de triple lista. Ha sido precisamente esta última, la cláusula de cierre, uno de los temas más debatidos en el ámbito constitucional debido a la problemática que encierra su interpretación.

El art.149.3 de la Constitución, contiene todo un sistema de regulación de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatal y autonómico, cuando señala en su apartado 3 que *“Las materias no atribuídas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido 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 esté atribuído a la exclusiva competencia de éstas.El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.*

En definitiva, este artículo contiene cuatro incisos que son, respectivamente: la cláusula residual o de cierre, la cláusula de prevalencia del derecho estatal y la cláusula de supletoriedad del derecho estatal.

Será de la primera de estas cláusulas, la llamada cláusula de cierre de la que nos vamos a ocupar ahora.

Dicha cláusula presenta un doble alcance, por un lado establece que las materias no atribuídas expresamente al Estado podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de lo previsto en sus Estatutos. De esta forma, las competencias autonómicas no son todas las no reservadas expresamente al Estado, pues la cláusula no opera de modo automático, sino sólo aquellas que no estando reservadas al Estado hayan sido expresamente asumidas por los respectivos Estatutos de Autonomía.

El sistema está basado así en el llamado "principio de disponibilidad", en virtud del cual son las Comunidades Autónomas las que deben manifestar su voluntad de aumentar sus cotas competenciales, bien sea a través de la reforma de su Estatuto de Autonomía, bien a través de una Ley de transferencia o delegación del Estado.

El otro efecto que opera sobre el sistema de distribución competencial la cláusula de cierre es el de que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, que de esta forma asume un ámbito material de competencias mayor que el previsto en el artículo 149.1 de la Constitución.

Sin embargo, tampoco en este caso la cláusula residual opera de manera absolutamente automática cuando se trate de cualquier materia competencial no prevista específicamente en los Estatutos, existiendo a este respecto criterios, fijados por el Tribunal Constitucional que, modificando su criterio inicial, matizan dicha atribución.

En efecto, el Tribunal, en su sentencia 123/1984, de 18 de diciembre, considera que dentro del ámbito de aplicación de la cláusula deben excluirse aquellos supuestos que, aunque la materia no estuviera incluida en las listas de los artículos 148.1 y 149.1, y aunque la misma no hubiera sido asumida expresamente en un Estatuto de Autonomía, pudiera considerarse competencia estatutaria por vía interpretativa, dentro de las competencias estatutarias ya asumidas.

La señalada sentencia se refería a las actividades instrumentales, de carácter técnico, vinculadas a títulos competenciales ya recogidos en los Estatutos de Autonomía y, concretamente, en este caso, se refería a la actividad cartográfica.

Este es el criterio interpretativo que se ha mantenido a través de pronunciamientos constitucionales posteriores, lo que supone, en la práctica,

la posibilidad de dotar con un mayor contenido competencial a las Comunidades Autónomas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer Callejón, Francisco (dir.): **Reformas estatutarias y distribución de competencias**. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2007.
- Bello Janeiro, Domingo (dir.): **Manual de dereito galego**. 2 v. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1996.
- Espín Templado, Eduardo (coord.): **La Constitución de 1978 y las comunidades autónomas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**, Madrid 2003.
- García de Enterría, Eduardo: **Estudios sobre autonomías territoriales**. Civitas, Madrid 1985.
- González – Trevijano, Pedro: **El estado autonómico: principios, organización y competencias**.: Universitas. Madrid 1998.
- Montilla Martos, José Antonio: **Las leyes orgánicas de transferencia y delegación: configuración constitucional y práctica política**. Tecnos. Madrid 1998.
- Muñoz Machado, Santiago: **Derecho público de las Comunidades Autónomas**. 2 v. . Civitas, Madrid 1984.
- Salas Hernández, Javier: **Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización**. Revista de Administración Pública núm. 100. 1983
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: **Principios de Derecho administrativo, Vol.I**. Colección Ceura. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid 1981.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (coord.): **Dereito público galego: curso de verán 1992**. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1993.
- Ídem: **Estudios de derecho autonómico**. Montecorvo. Madrid 1997.
- Tajadura Tejada, J. y Roura Gómez, S. A.: **Código de derecho constitucional autonómico: Constitución, estatutos de autonomía y**



**leyes orgánicas de transferencia y delegación.** Biblioteca Nueva. Madrid: 2004.

- Varios autores.: **El funcionamiento del Estado Autonómico.** - Ministerio de Administraciones públicas: Madrid 1999.

- Viver i Pi-Sunyer, Carles: **Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional.** Ariel. Barcelona 1989.

- VV.AA.: **Autonomías y organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro.** Abogacía del Estado. Madrid 2006.

- VV.AA.: **El funcionamiento del Estado autonómico: I Curso sobre Administraciones Territoriales para personal directivo y superior.** INAP. Madrid 1996

- VV.AA.: **O sistema político galego: as institucións.** Xerais. Vigo 1994.

Juan José Gallego Fouz

# **16. LAS ADMINISTRACIONES LOCALES: LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE ADMINISTRACIÓN LOCAL.**

## **TEMA 16. Las administraciones locales: la posición constitucional de municipios y provincias. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre administración Local**

1. Las administraciones locales: la posición constitucional de municipios y provincias.
  - 1.1. Las administraciones locales en la Constitución: Ámbito subjetivo.
  - 1.2. La posición constitucional de municipios y provincias.
2. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre administración Local.
  - 2.1. Planteamiento general de la distribución de competencias.
  - 2.2. El reparto de competencias en materia de régimen local.
    - 2.2.1 Organización, procedimiento y régimen de recursos de la administración local.
    - 2.2.2 El principio constitucional de la autonomía local.
    - 2.2.3 La Carta Europea de la autonomía local.
  - 2.3. El reparto de competencias en materia de hacienda local
  - 2.4. El reparto en materia de urbanismo y en la configuración del derecho de propiedad el suelo.
  - 2.5. El reparto de competencias en materia de patrimonio de las entidades locales.
  - 2.6. El reparto de competencias en otros sectores de actividad.
    - 2.6.1 Medio ambiente.
    - 2.6.2 Tráfico y de circulación de vehículos a motor.
    - 2.6.3 Seguridad pública.
    - 2.6.4 Educación.
    - 2.6.5 Protección de patrimonio histórico.
    - 2.6.6 Deporte.

1. Las administraciones locales: la posición constitucional de municipios y provincias.

La exposición de este apartado exige hacer una primera referencia a los entes que integran la administración local para, posteriormente, abordar la cuestión de fondo relativa a la posición constitucional de los municipios y las provincias. El régimen de los municipios y provincias es objeto de los temas 10 y 11, respectivamente, del bloque II de Derecho autonómico y local.

### 1.1 Las administraciones locales en la Constitución: Ámbito subjetivo.

Las administraciones locales se integran, desde el punto de vista subjetivo, por una pluralidad de entes que supera la dualidad municipios y provincias, como se expone a continuación.

La Constitución, en el artículo 137, establece que “el Estado se organiza territorial mente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”. El artículo 141 dispone que en los archipiélagos canario y balear “las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos y Consejos”. Todos estos entes quedan garantizados por la Constitución frente al legislador ordinario, a quien corresponde regularlos.

Por otro lado, la Constitución prevé la posibilidad de que se creen agrupaciones de municipios diferentes de la provincia -art. 141.3, en referencia a las Comarcas y áreas Metropolitanas-, o de que, mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos de las Comunidades Autónomas puedan establecer circunscripciones territoriales propias - art 152.3. La existencia de estas últimas entidades no está garantizada por la Constitución , a diferencia de lo que ocurre con las primeras.

De este modo, al establecer la tipología de los entes locales, se diferencian los entes constitucionalmente garantizados u obligatorios, de los entes opcionales, que las Comunidades Autónomas pueden, potestativamente, crear. En este sentido, se pronuncia la STC de 28 de julio de 1.981.

Descendiendo a la normativa infraconstitucional, pero que integra el denominado por el Tribunal Constitucional “bloque de constitucionalidad”, el desarrollo de los preceptos constitucionales citados se encuentra recogido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las base del régimen local (LBRL , en los sucesivo) . Esta norma enumera en su artículo 3 -y de la misma manera el art.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que

se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, en posteriores citas ROF- los siguientes tipos de Entes Locales:

“Son Entidades Locales territoriales:

- a) El Municipio.
- b) La Provincia.
- c) La Isla en los archipiélagos Balear y canario.

Gozan, asimismo, de la condición de Entidades Locales:

- a) Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas conforme al artículo 45 de la LBRL.
- b) Las Comarcas u otras Entidades que agrupen varios Municipios instituidos por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta ley y los correspondientes Estatutos de autonomía.
- c) Las Áreas Metropolitanas.
- d) Las Mancomunidades de Municipios”.

Además de las entidades no territoriales citadas, y al amparo del carácter abierto de la expresión constitucional «otras Entidades que agrupen varios Municipios» las Comunidades Autónomas han regulado otras entidades asociativas diferentes de las previstos en la LBRL.

Así, la Ley 8/1986, de 18 de noviembre (modificada por la Ley 14/1990 de 26 de julio), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, prevé la constitución, como Entidades Locales, de las de ámbito territorial inferior al municipio (barrios y pagos), de las áreas metropolitanas, y de las mancomunidades de Municipios (art. 7), pero sin asignarles potestades en cuanto Administraciones públicas territoriales. En cambio, la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, claramente señala que «el municipio, la comarca y la provincia tienen naturaleza territorial y gozan de autonomía para la gestión de los respectivos intereses» (art. 3), mientras

que son entes locales no territoriales las entidades municipales descentralizadas, las entidades metropolitanas y las Mancomunidades (arts. 2 y 8.3). La Ley 3/1986, de 15 de mayo, por la que se regula el procedimiento de creación de comarcas en el Principado de Asturias, parece dotar a éstas de carácter institucional; la Ley 11/1986, de 20 de noviembre, reconoce la personalidad jurídica de la parroquia rural en Asturias.

Por otro lado, la LBRL reconoce que las Entidades Locales, conocidas con la denominación de Mancomunidades o comunidades de tierra o villa y tierra o ciudad y tierra, Reales señoríos, Universidades, Comunidades de pastos, Leños, Aguas y otras análogas, continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales y sin perjuicio de la autonomía de que disfrutan deberán ajustar su régimen económico a lo prescrito en la legislación del Régimen Local sobre formación de presupuestos, rendición de cuentas y liquidaciones, inventarios y balances -artículos 37 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 2 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local, TRRL en lo sucesivo; art. 39.1 del Reglamento de demarcación y población territorial. RPDT en posteriores citas ; y 141 ROF-.

Además, los entes locales (territoriales e institucionales) que integran la administración local, pueden crear , a su vez, otros de carácter instrumental —dotados de personalidad jurídica—para la gestión de los servicios públicos de su competencia en régimen de descentralización funcional (organismos autónomos , entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles; estas últimas son personas jurídico-privadas).

Por último, el art. 87 de la LRBRL, legitima a las entidades locales para constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas. Estos consorcios gozan de personalidad jurídica propia (art. 110.2 TRRL), pero la Ley

ha remitido a los Estatutos propios del Consorcio para que en ellos se determine su naturaleza (como administración local, estatal o autonómica) , atendida la participación que en el mismo tengan los entes locales.

Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia –art. 87.2 Ley 7/85, añadido por Ley 57/2003.

### 1.2. La posición constitucional de municipios y provincias.

En un primer acercamiento a la cuestión, y al hilo del artículo 137 de la Constitución, los municipios y las provincias forman parte de la organización territorial de Estado, garantizándose su autonomía para la gestión de sus intereses en el mismo precepto, a la par podría decirse, que las Comunidades Autónomas. Sin embargo, debe añadirse inmediatamente que la autonomía de los municipios y provincias dista de la autonomía de las Comunidades Autónomas, aunque sólo sea por la potestad legislativa que esta últimas detentan y de la que carecen los municipios,. Debe considerarse que estando sometidos unos y otras a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), y siendo las Comunidades creadoras de leyes vinculantes , estas gozan de una autonomía que puede calificarse de política, frente a la autonomía administrativa de los municipios y provincias.

Es tradicional en la doctrina abordar la posición constitucional de municipios y provincias desde el análisis de los tres principios constitucionales que se recogen e el Título VIII de la CE:

1. La autonomía de los municipios y provincias y la personalidad jurídica para la gestión de sus intereses.
2. El carácter representativo y democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones, y

### 3. La suficiencia de las Haciendas Locales.

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 137 de la Constitución establece que: «El Estado se organiza territorialmente en Municipios, en Provincias, y en las Comunidades Autónomas que se constituyan», y precisa de forma inequívoca que «todas estas Entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Esta solemne declaración de autonomía se reitera en otros preceptos del Texto constitucional. En efecto, el artículo 140 de la Constitución «garantiza la autonomía de los Municipios», estableciendo, además, que los mismos «gozarán de personalidad jurídica plena». Con sentido y alcance muy similares, el artículo 141 configura la Provincia como una «Entidad Local con personalidad jurídica propia» y se atribuye su gobierno y administración autónoma a las Diputaciones.

En tales preceptos constitucionales aparecen nítidamente perfilados los dos rasgos típicos que configuran una auténtica descentralización:

1. La existencia de intereses peculiares o específicos de los Entes Locales.
2. La gestión de tales intereses por órganos independientes y con personalidad jurídica propia. De esta suerte, queda plenamente reconocida en nuestro ordenamiento constitucional la autonomía municipal.

Ahora bien, el artículo 137 de la Constitución delimita el ámbito de estos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la «gestión de sus respectivos intereses». Por tal razón es indispensable dotar a los Entes Locales de todas las competencias necesarias para satisfacer sus intereses respectivos: Los del Municipio o los de la Provincia. Por el contrario, cuando se incida sobre intereses generales de la Nación, es incuestionable la posición de superioridad del Estado, como ha puntualizado nuestro Tribunal Constitucional.

Desde una óptica diferente, nuestra Constitución sanciona el carácter democrático y representativo de las Corporaciones Locales. En primer término el artículo 140 dispone que «los Concejales serán elegidos por los vecinos del Municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto». Y más



adelante puntualiza que los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. Aunque de forma menos explícita, el artículo 141.2 del Texto constitucional también alude al carácter representativo de las Diputaciones como órganos de gobierno y administración de las Provincias.

Por último, la Constitución establece en su artículo 142 que «las Haciendas Locales deberán disponer de medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas» y que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de la participación en otros del Estado y de las Comunidades Autónomas. Huelga señalar que este trascendental principio de suficiencia financiera debe constituir la auténtica garantía para la existencia de una efectiva autonomía local.

## 2. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre administración Local.

### 2.1. Planteamiento general del reparto de competencias.

La Constitución no relaciona directamente las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas ejercen sobre la Administración Local, sino que distribuye las competencias entre el Estado y las Comunidades en los artículos 149 y 148, respectivamente. De l análisis combinado de ambos preceptos, sí se deduce la distribución entre uno y otras en lo que atañe a la administración local, distribución de la competencia legislativa, normalmente, que afecta a los distintos campos de actuación o sectores de actividad (de ahí la expresión “legislación sectorial”).

Pues bien, el repetido reparto de competencias se realiza en función de diferentes criterios. El enfoque que se dará será precisamente éste: se agruparán los sectores de actividad local en función de los diferentes criterios de reparto de las competencias (legislativas) estatal y autonómica. Este análisis, y esta realidad, conduce a una primera e importante conclusión en el régimen de aplicación de fuentes en la actividad municipal, que se traduce en

que unas veces primará la normativa estatal y otras la autonómica, según el mencionado reparto constitucional de competencias. Se procede a exponer la distribución de competencias:

a) El primer grupo de competencias incluye todas aquellos sectores de la actividad administrativa en los que se reserva al Estado la competencia para dictar la legislación básica. La legislación básica establece el denominador común, homogéneo para todas las Administraciones públicas, y las Comunidades Autónomas pueden dictar legislación de desarrollo. Pero tanto la legislación sectorial estatal como la autonómica deben establecer y respetar las competencias de las Entidades locales para hacer efectiva su autonomía garantizada constitucionalmente, de acuerdo con las características de la actividad, la capacidad de gestión de la Entidad local y los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Los sectores de actividad que responden al esquema de legislación básica son, el régimen jurídico de las administraciones públicas, el régimen estatutario de los funcionarios; legislación sobre contratos y concesiones administrativas; protección del medio ambiente; montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias; régimen minero y energético; régimen de prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social; sanidad interior; planificación general de la planificación económica.

b) Otro grupo de la actividad administrativa sectorial es el que está regido por el principio de reserva competencial plena y exclusiva al Estado. Se incluye en este apartado la legislación sobre el procedimiento administrativo común, haciendo hincapié en el último adjetivo, pues lo que se reserva es la regulación del procedimiento común, no de cualquier otro procedimiento específico por razón de la materia que será regulado por la Administración competente; la legislación sobre responsabilidad de todas las Administraciones Públicas; legislación sobre expropiación forzosa, entre otras.

c) Puede agruparse otra serie de actividades administrativas que están sometidas a la competencia legislativa estatal o autonómica según el criterio de que el territorio donde se desarrollan trasciende o no el espacio geográfico de la Comunidad. Se incluyen en este apartado las obras públicas de los ferrocarriles y carreteras; el transporte terrestre -pues el aéreo y el marítimo se reserva en exclusiva al Estado-; la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, instalaciones eléctricas y transporte de energía.

d) Otros sectores de actividad corresponden al Estado o a las Comunidades según la finalidad de los mismos; por ejemplo, la competencia sobre puertos y aeropuertos corresponde al Estado, salvo los deportivos o que no desarrollen actividades comerciales; la pesca marítima al Estado y en aguas interiores a las Comunidades.

A continuación se concretan el reparto de competencias en los sectores más destacados de la actividad administrativa.

## 2.2. El reparto de competencias en materia de régimen local.

### 2.2.1. Organización, procedimiento y régimen de recursos de la administración local.

La expresión “régimen” o “régimen jurídico” se contiene en preceptos tales como el 149.1.18 de la CE “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y titula precisamente la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL en adelante), norma que trae su causa del precepto constitucional citado. Pues bien, el régimen local es precisamente el contenido de la Ley 7/85, lo que no impide que otra normativa, estatal o autonómica, pueda regular el régimen local, como se indicará en el lugar oportuno.

En este momento procede definir el “régimen local” o, con mayor precisión, del “régimen jurídico de la Administración local”, tarea que se aborda de la mano de las Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1.981, de 28 de julio

(F.J. 38), y de 5 de agosto de 1.983. La definición negativa señalaría que régimen jurídico no se refiere a todo el derecho administrativo, al cual está sujeto la Administración Pública. La configuración positiva del régimen local se describe como la regulación básica de la organización, el procedimiento y el régimen de recursos de la Administración local.

La legislación sectorial se refiere al resto de sectores o áreas de la actividad administrativa, por ejemplo, minas, montes, carreteras, aguas, urbanismo, contratación, función pública, por citar una pequeña muestra.

El artículo 149.1.18 reserva al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En virtud de este título competencial el Estado, entendiendo por tal las Cortes Generales, aprobó la Ley 7/85 reguladora de las bases del régimen local, con el contenido que acaba de exponerse; pero, además, la Ley de bases contiene otros preceptos en los que se limita a señalar las especialidades locales remitiéndose en lo demás a otras leyes estatales básicas, como sucede en las materias referidas a contratación, expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, función pública, régimen electoral, bienes, actividades, servicios y tributaria (Títulos VI, VII y VIII de la LRBRL).

La naturaleza o el concepto material de norma o legislación estatal básica se analiza en la Sentencia Tribunal Constitucional 69/1988, de 19 de abril, fundamentos 5º y 6º, conforme a la cual es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estima convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto.

Por otro lado, los contenidos básicos no pueden recogerse en cualquier instrumento normativo; debe ser precisamente a través de ley formal, pues

sólo a través de ésta se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, doctrina que se proclama con la afirmación de que “las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por básico” - fundamentos jurídicos 5º de la STC 32/1981 y 1º de la STC 1/1982-, lo cual expresa, de manera bien relevante, que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica.

A estos conceptos material y formal responde la Ley de bases de régimen local, caracterizada por el legislador en el Preámbulo de la misma como “norma institucional básica de los entes locales”, utilizando una expresión análoga a la empleada por el artículo 147.1 de la Constitución para definir los Estatutos de Autonomía -“serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”-; añade el Preámbulo: “esa norma desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualesquiera otras norma, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una “vis” (fuerza) específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria”.

#### 2.2.2. El principio constitucional de la autonomía local.

Si hasta aquí se ha analizado el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de régimen local, en los términos ya definidos para esta expresión, la propia Constitución limita dicho reparto blindando a las entidades locales con una autonomía que la legislación estatal y autonómica no pueden superar. Se analiza, en este momento, la autonomía de las entidades locales en la Constitución, como límite del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades en esta materia.

La Constitución proclama que los Municipios, las Provincias y, en su caso, las Islas, gozarán de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (arts. 140 y 141). No basta, sin embargo, una mera declaración -por solemne que sea- para institucionalizar la situación deseada, sino que el mandato constitucional precisa para su efectividad que se den una serie de requisitos o circunstancias. Cumplido el de la personificación, es decir, la atribución de personalidad jurídica plena a tales Entes Locales territoriales, la garantía de su proclamada autonomía ha de descansar, a nuestro entender, en tres pilares fundamentales:

- a) El primero, de carácter subjetivo, lo constituirá la independencia de los miembros de las Corporaciones Locales frente a cualquier otro poder, en lo que se refiere a su elección, mantenimiento en el cargo durante el período de mandato y forma de su ejercicio, pues si Concejales, Alcaldes, Diputados provinciales y Presidentes de Diputación recibieran su mandato no del pueblo soberano, sino de los órganos del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente, o pudieran ser desposeídos del mismo por dichos órganos centrales o autonómicos a su capricho, serían éstos en definitiva quienes verdaderamente controlarían la actuación de las respectivas Corporaciones, bajo la latente amenaza del cese de aquellos de sus miembros que se opusiesen o desobedecieran.
- b) El segundo pilar o fundamento básico, de carácter material y objetivo, consiste en la clara determinación de las competencias del Ente, toda vez que si éste pudiera llegar a ser desposeído de todas o la mayor parte de ellas por los de mayor ámbito territorial, cabría el riesgo de que llegara a quedar vacío de contenido, volatilizándose su pretendida autonomía.
- c) Y el último requisito, de tipo instrumental, radica en la suficiencia de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de sus fines, pues la carencia o insuficiencia de tales medios -que ha sido el problema secular de la Administración Local española, todavía no resuelto satisfactoriamente-

limitaría en gran manera sus posibilidades de actuación, que de esta forma quedaría subordinada a los condicionamientos que determinaran imponerle los Entes que hubieran de venir a suplir tales carencias /art. 142 CE).

El tema de la autonomía local ha sido planteado por una obra de Luciano Parejo Alfonso, en el marco de lo que se denomina garantía institucional de la autonomía local. Se parte de la teoría general de las garantías institucionales elaborada por los juristas alemanes y en especial Carl Schmitt.

Esta doctrina es fruto de un proceso de interpretación constitucional, cuyas fases son la identificación dentro de la norma fundamental de unas estructuras específicas y la asignación a sujetos o instituciones de determinadas funciones y papeles en el sistema total de la Constitución. De forma que la supresión o vaciamiento de estas instituciones estaría vedada al legislador ordinario.

Para el autor, la garantía institucional de la autonomía local viene expresada en el artículo 137 de la Constitución, y su contenido nuclear-indisponible por el legislador ordinario es el siguiente:

- a) La permanencia de la institución del autogobierno local como principio constructivo del ordenamiento infraconstitucional local, que exige:
  - La organización territorial del Estado sobre la base de las Entidades municipales y provinciales como instancias territoriales administrativas inferiores.
  - La atribución del gobierno y administración de esas Entidades a los Ayuntamientos, caso de los Municipios, y a las Diputaciones, Cabildos y Consejos u otras Corporaciones, caso de las Provincias e Islas.
- b) El respeto por parte del ordenamiento infraconstitucional local (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y leyes de desarrollo del régimen local aprobadas por las Comunidades Autónomas) del contenido esencial otorgado por la Constitución a la institución de la autonomía local, que reconduce a la consideración de los Entes Locales como poderes públicos

administrativos y Administraciones Públicas dotadas de las potestades reglamentarias, de autoorganización de personal y financiera y tributaria.

c) La necesaria atribución a los Entes Locales de competencias administrativas en cuantas materias tengan incidencia en los intereses municipales y provinciales.

Por último, el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina sobre la materia en sentencias como la de 2 de febrero de 1.981, en la que se perfilan algunos rasgos de la autonomía local.

- Partiendo de la concepción del Estado como «organización compleja» que refleja el Título VIII de la Constitución, la autonomía sería «un principio general de la organización del Estado» y, como todos los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución.
- «La autonomía hace referencia a un poder limitado... autonomía no es soberanía... y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución».
- Las Comunidades Autónomas serían Entidades dotadas de una autonomía «cualitativamente superior a la administrativa», propia de las Entidades Locales territoriales.
- La Constitución, en el artículo 137, circunscribe el principio a la gestión de sus respectivos intereses, «lo que exige que se dote a cada Ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el respectivo interés».
- «Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva



en el orden decisorio». Con otras palabras, no habrá en muchas ocasiones competencias exclusivas decisorias porque tampoco los intereses serán exclusivos, sino concurrentes o compartidos, más o menos prevalentes, según las circunstancias del caso concreto.

- “En fin, será la ley la que concrete «el principio de autonomía de cada tipo de Ente, de acuerdo con la Constitución».
- Como consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés general, la Constitución contempla la necesidad de que «el Estado quede colocado en una posición de superioridad», tanto en relación con las Comunidades Autónomas (arts. 150.3, y 155 entre otros, de la Constitución) como a los Entes Locales (arts. 148.1.2.º; 149.1.18).
- «Posición de superioridad que permite afirmar... que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de la competencia»; control de legalidad que puede ejercitarse, respecto de Municipios y Provincias, tanto por la Administración del Estado como por las Comunidades Autónomas. Ahora bien, la autonomía quedaría afectada si la decisión correspondiente a la gestión de los respectivos intereses «fuera objeto de un control de oportunidad» (salvo excepción fundada en el interés general).
- La autonomía «no se garantiza por la Constitución -como es obvio- para incidir en forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la Entidad, por lo que en estos supuestos la potestad del Estado no se puede declarar contraria a la Constitución, máxime cuando este principio de limitación de la autonomía se refleja de forma expresa en la propia Constitución -art. 155- en relación a las Comunidades Autónomas».
- La Constitución no garantiza la autonomía económico-financiera en el sentido de disponer de medios propios, sino que dispone que estos

medios han de ser suficientes, pero no en su totalidad propios. Ha de aplicarse el principio constitucional de defensa del patrimonio del Estado y demás Entes públicos frente a sus administradores. Son posibles en esta materia los controles de oportunidad siempre que sean proporcionados para la defensa, como en supuestos de actos de disposición.

Y para finalizar estas referencias al principio constitucional de autonomía local, tal y como viene configurado en la interesante Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, una mención al número 10 de los fundamentos jurídicos, en relación con los artículos 94.1 y 96 de la Ley de Régimen Local, que se refieren al régimen especial de Carta, orgánico y económico.

El Tribunal Constitucional entiende que «la aprobación de la Carta por el Gobierno no puede considerarse opuesta a la Constitución, ya que la autonomía garantizada para la gestión de los respectivos intereses no parece que tenga que comprender el poder dotarse de un gobierno y administración o de un régimen económico distinto del previsto con carácter general por la ley, sin control alguno».

### 2.2.3. Referencia a la Carta Europea de Autonomía Local.

La distribución constitucional de competencias en materia de régimen local, y el límite o “garantía” constitucional impuesto por el principio de la autonomía local, quedaría incompleta sin hacer una referencia, aunque fuera breve, a la Carta Europea de Autonomía Local. La Carta es un Convenio Internacional singular, el único que incide de forma inmediata sobre la organización de un nivel territorial de poder dentro de los Estados signatarios, con una transcendencia jurídica y política creciente, fruto de su decidida vocación de convertirse en la verdadera «Constitución de la autonomía local en el continente europeo».

El germen originario de la Carta Europea de Autonomía Local se encuentra

en la creación el 27 de Septiembre de 1952 de una Comisión de Asuntos Municipales y Regionales, y que fructifica definitivamente con la apertura del Convenio a la firma de los Estados Miembros el día 15 de Octubre de 1985 en Estrasburgo, dentro del contexto de la actuación del Consejo de Europa en su intento de «realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen el patrimonio común y favorecer su progreso económico y social», identificando Europa con Municipio y con Democracia.

Tiene la condición y rango de Ley estatal en atención al criterio del art.96 de la Constitución, y como tal Ley Estatal se integra junto con la Ley 7/1985, de 2 de Abril, en el bloque de legalidad estatal constitutiva de la denominada “normativa de cabecera” del ordenamiento interno local asegurando y concretando en todo el territorio estatal, un mínimo común de la autonomía que la Constitución, como se ha visto, garantiza a las entidades locales.

Aunque España ha ratificado la Carta casi en su totalidad ,efectúa una única reserva: no se considera vinculada por el art. 3.2º de la Carta, en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en practica en la totalidad de las colectividades locales incluidas el ámbito de aplicación de la misma. Esta previsión se dirige especialmente a salvaguardar el tradicional sistema de elección indirecta de los miembros electivos de las Diputaciones de régimen común.

La Carta se articula en torno a un Preámbulo y 17 artículos que se integran en 3 Partes.

El Preámbulo presenta especial interés, ya que se establece una nítida conexión entre la autonomía local y la noción de legitimidad democrática. Se declara expresamente «las Entidades Locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático», cuyos principios son comunes a todos los Estados miembros de Europa, siendo una de sus manifestaciones precisamente, el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los

asuntos públicos, derecho que en el nivel local «puede ser ejercido más directamente» mediante Entidades Locales investidas de competencias efectivas que permiten «una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano».

Esta declaración está íntimamente conectada, por una parte con el derecho reconocido en el art.23.1º de la Constitución y su reflejo en los art.140 y 141 del mismo texto, pero además con los criterios delimitadores de competencias que enuncian el art.2 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local. Otro de los principios esenciales de la Carta es el principio de subsidiariedad, o si se prefiere de proximidad. Y es que la democracia para ser efectiva y no puramente nominal requiere proyectarse sobre un ámbito importante de políticas que deben de acercarse a los ciudadanos por medio del principio de subsidiariedad.

La parte Primera de la Carta, integrada por 11 artículos, aborda el fundamento constitucional de la autonomía local, su concepto y alcance, la protección de los límites territoriales de las Entidades Locales, la adecuación de sus estructuras y medios administrativos a sus cometidos, las condiciones del ejercicio de las responsabilidades a nivel local, el control administrativo de los actos de las Entidades Locales, sus recursos financieros, el derecho de asociación de las Entidades Locales y la protección legal de la autonomía local. Más concretamente:

El art.2, aborda el fundamento constitucional y legal de la autonomía local, exigiendo que dicho principio esté reconocido en la legislación interna y a ser posible en la Constitución.

El art.3.1º define la Autonomía local como el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de Ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. Su párrafo 2º consagra el principio democrático de la autonomía local, y señala que “este derecho se ejerce por asambleas o

Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la Ley”.

El art.4 se dedica al alcance de la autonomía local consagrando el principio de subsidiariedad o de proximidad.

El art.9 de la Carta está dirigido a los recursos financieros de las entidades locales y en el entre otros extremos, se recogen los principios de suficiencia y de autonomía financiera. Por lo que se refiere al primero señala el derecho de estas entidades a tener recursos propios suficientes que además deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la Ley. Plasma además un principio de autonomía financiera que se manifiesta tanto en la vertiente de los gastos como de los ingresos y consagra el carácter predominantemente no finalista de las subvenciones que perciban de otras administraciones.

Finalmente el art.11 se dirige a la protección legal de la autonomía local y dispone que «las entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respecto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación». Es por tanto una previsión esencial ya que el reconocimiento formal de la autonomía local en el ordenamiento jurídico de nada serviría sino fuese acompañada de una vía jurisdiccional para protegerla y defender su ámbito competencial frente a otras instancias superiores.

La parte Segunda, artículos 12 a 14, se refiere a los compromisos de los signatarios en orden a su aplicación y comunicación de informaciones al respecto a la Secretaria General del Consejo de Europa.

La parte Tercera, artículos. 15 a 17, contiene estipulaciones sobre forma, ratificación, entrada en vigor, modificación de los territorios, denuncia y

notificación de estos actos a la Secretaría General de la Organización.

### 2.3. El reparto de competencias en materia de hacienda local

Se entiende por Hacienda Local el régimen presupuestario y de recursos financieros de las Entidades Locales. El título VIII TRRL refundió las disposiciones vigentes en la materia, contenidas entre otras en el Decreto 3250/1.976. Posteriormente fue derogado por la Ley 39/1.988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y esta última por el RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de haciendas locales (TRLHL, en lo sucesivo).

Interesa destacar los títulos que habilitan al Estado para dictar esta norma, concretamente, si la atribución competencial es exclusiva o básica, pues de ello dependerá el espacio normativo autonómico. Al amparo del art. 1.1 de la citada Ley, en la interpretación dada por la STC 233/99, de 13 de diciembre (FJ 4º) los títulos son los siguientes:

- Respecto del sistema tributario local y la participación en los tributos del Estado el título es el del art. 149.1.14, referido a la «Hacienda general», que tiene el carácter de legislación reservada en exclusiva al Estado.
- El resto de los preceptos tiene el carácter de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, al amparo del art. 149.1.18 CE.

El FJ 4 de la STC citada dice: «El art. 1.1 LHL, a pesar de su farragoso tenor, es plenamente conforme a la CE, pues ... atribuye con carácter general «la consideración de bases del Régimen Jurídico Financiero de la Administración Local, dictadas al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, [a] los preceptos contenidos en la Ley», con las salvedades que se realizan a continuación, «todo ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.14 de la Constitución». Así, las salvedades mencionadas, que afectan a los preceptos «que regulan el sistema tributario local», los cuales se entienden dictados,

según el tenor de la norma, en virtud de lo dispuesto en los arts. 133 CE y 5 E) a) de la Ley 7/1985, y «los que desarrollan las participaciones en los tributos del Estado», con base en el art. 142 CE, en nada modifican el régimen de distribución competencial al que acabamos de hacer referencia, al no establecer títulos competenciales distintos de los dos anteriormente mencionados. En efecto, los arts. 133 y 142 CE no constituyen en sí mismos título competencial alguno a favor del Estado, sino que presuponen la competencia estatal sobre la materia en virtud de los títulos del art. 149.1 CE reseñados. Igualmente, ninguna relevancia posee tampoco la mención que el art. 1.1 LHL hace del art. 5 E) a) de la Ley 7/1985, declarado inconstitucional por la STC 214/1989".

Por lo tanto, las Comunidades Autónomas con competencia para ello podrán desarrollar los preceptos que tengan el carácter de básicos y, en materia tributaria, sólo podrán desarrollar las facultades que la propia Ley de Haciendas Locales les atribuye, por ejemplo, el establecimiento del régimen de recursos de las Entidades supramunicipales ("podrán exigir tasas, contribuciones especiales y precios públicos de conformidad con lo previsto en sus propias normas de creación ..." art. 159 Ley de Haciendas Locales; estas normas de creación proceden de las Comunidades Autónomas, (artículos 42 y siguientes. Ley 7/85). En los mismos términos se pronuncian los artículos 153 para las áreas metropolitanas y, 155 para las comarcas y 156 para las entidades de ámbito inferior al municipio.

Otro ejemplo lo constituye la posibilidad de que las Comunidades establezcan un impuesto sobre la materia imponible gravada por el Impuesto sobre Vehículos, en cuyo caso deberá compensar a los Ayuntamientos, o la gravada por el impuesto municipal sobre GASTOS SUNTUARIOS en su modalidad de cotos de caza y pesca (D.A. 1ª TRLHL).

2.4. El reparto en materia de urbanismo y en la configuración del derecho de

propiedad el suelo

El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido tremendamente conflictivo en sede del Tribunal Constitucional, por la tangencialidad de los títulos competenciales de uno y otras. Así, mientras la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda es una competencia prevista en exclusiva para las Comunidades Autónomas en el artículo 148.1.3 CE, al Estado le corresponde regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales /art. 149.1.1) y la legislación civil (149.1.8).

Por lo tanto, si bien se reserva al Estado la competencia para regular el derecho de propiedad, el urbanismo, competencia de las Comunidades Autónomas, regula el derecho de la propiedad del Suelo, y los municipios aprueban sus propios Planes de ordenación urbana, con sujeción a la normativa estatal y autonómica, configurando definitivamente el derecho de la propiedad del suelo en su término municipal.

El hito en la correcta interpretación de este reparto de competencias lo marca la STC 61/97, de 20 de Marzo, que declaró la inconstitucionalidad de numerosos preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, sobre el fundamento de que la materia de urbanismo es competencia de las Comunidades Autónomas, dejando al Estado la regulación de las «condiciones básicas» que garanticen el principio de igualdad. Y esencialmente con ella se han reforzado, sin duda alguna, las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en esta materia, habiendo empezado a aparecer numerosas leyes autonómicas que tratan de regular lo que antes competía al Estado, para evitar vacíos normativos pero, en ocasiones, de forma precipitada, genérica y sin tener en cuenta las peculiaridades territoriales que exigen normativa adecuada.

Para entender el vigente régimen del derecho de la propiedad del suelo, y su



relación con el urbanismo, es preciso exponer los siguientes antecedentes normativos:

En primer lugar, la Ley del Suelo de 1956, que fue la primera norma que atribuyó al propietario privado del suelo en nuestro país una situación estatutaria, es decir, que ostenta los derechos y deberes que le reconoce el ordenamiento jurídico en cada momento, limitado por la función social del derecho de propiedad, lejos, por tanto, del poder absoluto que confería el derecho romano al derecho de propiedad.

Esta ley fue derogada por la Ley de 1975 y el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, también con un planteamiento estatuario del derecho de propiedad del suelo. En 1978 entra en vigor la Constitución española, que hace un reparto de la competencia legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de forma que el urbanismo se atribuya a las recién nacidas Comunidades Autónomas.

El desarrollo legislativo por las CCAA es reducido en materia urbanística, no así el del Estado, que aprueba la ley 8/1990, que modifica profundamente el TRLS 1976 y autoriza al Gobierno para que apruebe un Texto refundido de las normas vigentes, lo que da origen al RD Legislativo. 1/1992, de 26 de junio.

Varias CCAA interponen recurso de inconstitucionalidad contra estas normas, el cual se zanja con la importante y compleja sentencia 61/1997, de 20 de marzo, que declara la inconstitucionalidad de las dos terceras partes del RD Legislativo. 1/1992 por entender que su contenido, de naturaleza estrictamente urbanística, le está vetado al Estado (por el título competencial del art. 148.3 CE que reserva tal competencia a las Comunidades Autónomas), ni siquiera a título de legislación supletoria para las numerosas CCAA que no habían ejercido su iniciativa legislativa en la materia.

Declara vigentes aquellos preceptos que se refieren al estatuto básico de la propiedad urbana, competencia reservada al Estado en virtud del art. 149.1.1 y 18. Dicho estatuto comprende:

- Derechos y deberes de los propietarios de cada tipo de suelo.
- Régimen de valoraciones.
- Expropiación forzosa derivada de la actividad urbanística
- Responsabilidad patrimonial derivada de la actividad urbanizadora.

Tras este fallo del Tribunal Constitucional, las CCAA se ven obligadas a legislar sus propias leyes urbanísticas y el Estado aprueba la Ley 6/1998, de 13 de abril, Ley estatal del suelo, de menos de 50 artículos, constreñidos a sus títulos competenciales, y de tinte liberalizador al intentar sacar la mayor parte del suelo al mercado para abaratar su precio.

Posteriormente, esta norma es derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, proceso que se completa con el vigente texto refundido de esta norma y los preceptos que quedaron vigentes del TRLS 1/1992: El RD Legislativo. 2/2008, de 20 de junio. Es el modelo actualmente vigente es de tinte más intervencionista por cuanto trata de proteger el suelo por ser un recurso escaso y no sustituible y favoreciendo un desarrollo más sostenible en el que se apuesta por un modelo de ciudad compacta. Además, trata de estirar algunos títulos competenciales estatales indirectos olvidados por la STC 61/1997, lo cual ha motivado la interposición de diversos recursos de inconstitucionalidad por algunas CCAA, los cuales están pendientes de resolver.

De esta forma, la prelación normativa del régimen del derecho de propiedad surge el siguiente orden:

1º Texto refundido de la Ley del Suelo estatal, RD Legislativo. 2/2008

2º Ley propia de cada Comunidad Autónoma y reglamentos de desarrollo.

3º Normativa supletoria: TRLS 1976 y sus reglamento de 1978 (149.3 CE ).

Los hechos descritos se condensan en el art. 7 del RD Legislativo. 2/2008, titulado “Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo”, en los

siguientes términos:

“1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

## 2.5 El reparto en materia del patrimonio de las entidades locales.

El patrimonio de las Entidades Locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenecen -artículo 79.1 Ley 7/1985, de 2 de abril.

El artículo 149.1 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) “número 18: Las Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” y “número 23: La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”.

Por su parte, el artículo 148.1 CE permite que las Comunidades Autónomas asuman competencias, vía Estatutos, en materia de montes y aprovechamientos forestales (n.º 8), además de ampliar sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149, transcurridos 5 años desde su constitución. En todo caso, se aplicará el Derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 CE.

Pues bien, al amparo de los anteriores títulos competenciales, el reparto de la “tarta legislativa” ha quedado, de hecho, como sigue:

La legislación básica del Estado en materia de régimen local es la aprobada

por la Ley 7/1985, de 2 de abril, siendo los artículos 79 a 83 los referentes a bienes de las Entidades Locales. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, contiene, a su vez, preceptos básicos dictados al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y preceptos de aplicación general, al amparo de los títulos competenciales previstos en los apartados 6º, 8º, 17º y 18 del citado artículo 149.1 de la Constitución -DF 2ª. El TRRL recoge la materia en los artículos 74 a 87, “infiriéndose el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas” (disposición final séptima TRRL). Por último, rige el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBCL) aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, en virtud de la autorización del Legislativo al Gobierno para “actualizar y acomodar” el Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955, según dispone la disposición final primera de la Ley 7/1985.

Dado que la aprobación de la Ley 33/2003 es posterior a las otras normas locales, y teniendo en cuenta el carácter básico o general de algunos de sus preceptos, que suponen la aplicación de la misma a las Entidades Locales - artículo 2, ámbito de aplicación-, y la definición del objeto que la misma Ley predica de sí misma en el artículo primero -“establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, y regular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución, la administración, defensa y conservación del Patrimonio del Estado”- deben aplicarse preferentemente dichos artículos a la hora definir el régimen jurídico de los bienes de las Entidades Locales.

El Real Decreto 1373/2009, de 28 agosto, ha aprobado el Reglamento de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas 2003, siendo de aplicación en el ámbito del régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, excepto los que se dictan al amparo de la competencia estatal en materia de derecho civil, que son de aplicación general: los artículos 14 apartado 1, 49 y 53, referidos al contenido y

requisitos de la certificación administrativa para la inscripción de un bien o la cancelación o rectificación de una inscripción en el Registro de la propiedad; y los que son normativa básica: el artículo 46.1 sobre los deberes de inscripción y depuración de los bienes inmuebles y derechos inscritos en el Registro de la Propiedad; art. 48 que regula los casos en que procede la regularización catastral y el 68, apartado 2 sobre el ejercicio de la recuperación de la posesión (en desarrollo de los arts. 36.1 y 55 LPAP).

Por otro lado, la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (LCSP) excluye de la misma los contratos patrimoniales (art.4), por lo que las remisiones que hace la normativa patrimonial a la Ley de Contratos en cuanto al régimen de las actuaciones preparatorias y de adjudicación de los mencionados contratos patrimoniales deben entenderse derogados, siendo de aplicación las normas patrimoniales y demás normativa administrativa. Sí es en cambio aplicable la D.A. 2ª LCSP que regula los órganos competentes de las entidades locales para adjudicar los contratos patrimoniales.

Pues bien, con respeto a la normativa estatal básica o plena, las Comunidades Autónomas pueden regular el patrimonio de las entidades locales, cuya normativa será de preferente aplicación respecto de la normativa estatal no básica o plena, que regirá como supletoria: Real Decreto legislativo 781/1982, reglamento estatal en materia de bienes (RD 1732/1986, de 13 de junio) y preceptos no básicos de la Ley 33/2003 de Patrimonio del Estado.

## 2.6. Reparto de competencias en otros sectores de actividad.

Sin ánimo de agotar todos los sectores de la actividad administrativa de las entidades locales, se tratan a continuación algunos de los más representativos de la actividad local.

### 2.6.1. Medioambiente.

El art. 149.1.23 reserva al Estado la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Y el art. 148.1.9 reserva a las Comunidades Autónomas la gestión en materia de protección del medio ambiente, título que debe ponerse en relación con el ya analizado de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (148.1.3).

El art. De la Ley 7/1985, de bases del régimen local, dispone que los municipios ejercerán competencias para la protección del medio ambiente (25.2.f), en los términos previstos por la legislación sectorial estatal o autonómica, según el reparto constitucional de competencias. Son estas leyes las que, como se ha venido exponiendo a lo largo del tema las que determinan las competencias locales..

Algunas de estas normas sectoriales estatales son: la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección atmosférica; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integral de la contaminación; la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad; la ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal; Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; Ley 10/1997, de 24 de abril, de envases y residuos y un largo etc., que completada con la legislación sectorial autonómica, conforman las competencias locales.

#### 2.6.2. Tráfico y de circulación de vehículos a motor

La competencia exclusiva se otorga al Estado, en materia de tráfico y de circulación de vehículos a motor, en el artículo 149.1.21 de la Constitución. Esta competencia se ha materializado en el RD Legislativo 339/1990 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, entre otras normas.

El art. 25.2.b) de la LBRL 7/1985 dispone que los municipios ejercerán competencias en esta materia en los términos de la legislación sectorial estatal y autonómica. Como en el caso anterior, hemos de estar a estas normas para conocer el concreto alcance de las competencias locales en la materia.

#### 2.6.3 Seguridad pública.

Se reserva al Estado la competencia exclusiva Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica. (art. 149.1.29 CE); y la defensa y las fuerzas armadas (149.1.4). Este reserva se ha materializado en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

Se reserva a las Comunidades Autónomas la competencia para la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica (art. 148.1.22 CE). Algunas Comunidades Autónomas han creado sus policías autonómicas y han aprobado leyes de coordinación con las policías locales.

La LBRL 7/1985 dispone que los municipios ejercerán competencias en materia de seguridad en lugares públicos en los términos de la legislación sectorial (art. 25.2.a)

#### 2.6.4. Educación

La educación es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, por lo que las condiciones esenciales del mismo están reservadas a Ley orgánica (arts. 27.1, 53 y 81 CE), exigencia que se ha materializado con la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE). El reparto de competencias se contiene en el art. 149.1.3 para el Estado, que le reserva la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

Para las Comunidades Autónomas,. El artículo 148.1.17 reserva el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma..

No obstante lo anterior, la mayoría de las competencias en materia de educación están transferidas a las Comunidades Autónomas por Ley Orgánica de transferencia de competencias (art. 155 CE).

La Ley 7/1985, art. 25.2.n), dispone que los municipios participarán en la programación de la enseñanza y cooperarán con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervendrán en sus órganos de gestión y participarán en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, en los términos de la legislación sectorial estatal y autonómica que se acaba de mencionar.

#### 2.6.5. Protección de patrimonio histórico.

Juegan aquí los títulos competenciales de los artículos 149.1.28 y 148.1.16.

La competencia exclusiva del Estado abarca la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas. La de las Comunidades se extiende al Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

El Estado aprobó la Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico español. Y las Comunidades han ido aprobando (algunas) sus respectivas leyes sobre la materia.

La LBRL 7/1985, art. 25.2.e) dispone que los municipios desempeñarán competencias en esta materia con sujeción a la normativa sectorial.

#### 2.6.6. Deporte.

Se reserva a las Comunidades Autónomas en el art. 149.1.19 la competencia exclusiva para la promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio. No hay una reserva similar para el Estado, pero se le reconoce para ciertos aspectos del deporte en otros títulos transversales (planificación, igualdad, etc.), lo que se plasma en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte.

La LBRL 7/1985 ordena que los municipios ejerzan competencias en materia



de actividades e instalaciones deportivas (art. 25.2) y establece como un servicio mínimo municipal para municipios de más de 20.000 habitantes el de instalaciones deportivas de uso público.

Vicente  
Calvo del Castillo  
Interventor-Tesorero y  
Secretario-interventor de la Administración local

## BIBLIOGRAFÍA

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

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir), Tratado de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2011.

PAREJO ALFONSO, L., Garantía Institucional y Autonomías locales, Madrid, I.E.A.L., 1981.

RIVERO YSERN, J. L. Manual de Derecho Local, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010.

AA VV, Nuevo Régimen Local, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2010.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO, Administración local, 2 volúmenes, editorial ENEGA

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (en colaboración), Derecho Constitucional, 2 volúmenes, editorial Tecnos



**17. CONFLICTOS  
CONSTITUCIONALES.  
CONFLICTOS DEL ESTADO CON  
LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS O DE ESTAS  
ENTRE SÍ. CONFLICTOS  
CONSTITUCIONALES ENTRE  
ÓRGANOS DEL ESTADO.  
CONFLICTOS EN DEFENSA DE  
LA AUTONOMÍA LOCAL.  
IMPUGNACIÓN DE  
DISPOSICIONES Y  
RESOLUCIONES DE LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

## **TEMA 17**

**CONFLICTOS CONSTITUCIONALES, CONFLICTOS DEL ESTADO CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O DE ESTAS ENTRE SÍ. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES ENTRE ÓRGANOS DEL ESTADO. CONFLICTOS EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES Y RESOLUCIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

### **CONFLICTOS CONSTITUCIONALES.**

La Constitución Española, en el artículo 161, regula la competencia del Tribunal Constitucional para conocer “*de los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí*”.

Este precepto se complementa con lo previsto en el artículo 59 LOTC, en el que se indica que:

*1. El Tribunal Constitucional entenderá de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas y que opongan:*

*a) Al Estado con una o más Comunidades Autónomas.*

*b) A dos o más Comunidades Autónomas entre sí.*

*c) Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí.*

*2. El Tribunal Constitucional entenderá también de los conflictos en defensa de la autonomía local que planteen los municipios y provincias frente al Estado o a una Comunidad Autónoma.*

Como se puede apreciar, la LOTC regula en sus párrafos a y b del apartado 1 del precepto citado, los conflictos de competencias expresamente contemplados en el artículo 161.1 C). Los previstos en la letra c del apartado 1 y en el apartado 2, no aparecen previstos en la Constitución, por lo que la LOTC los desarrolla de acuerdo con la previsión que se contiene el artículo 161 d) CE, en virtud del cual, el Tribunal Constitucional tiene competencias para conocer de *“las demás materias que le atribuyan la Constitución y las leyes orgánicas”*.

El llamado conflicto en defensa de la autonomía local que se regula en el apartado 2 del artículo del artículo 59 LOTC fue introducido por el artículo único.4 de Ley Orgánica 7/1999, de 21 abril.

## **CONFLICTOS DEL ESTADO CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O DE ESTAS ENTRE SÍ.**

### **l) Reglas generales.**

Esta materia aparece regulada en el capítulo II del Título IV LOTC, regulación que comprende todos los conflictos que pueden suscitarse entre el Estado o las Comunidades Autónomas o éstas entre sí.

La LOTC distingue entre los conflictos positivos y negativos, siendo los primeros aquellos en los que las entidades correspondientes pretenden atribuirse el ejercicio de la competencia y los negativos los que se suscitan a instancia de una parte legitimada o de los particulares, cuando las dos instituciones u órganos implicados declinan el conocimiento de la competencia.

También hay, como veremos, ciertas peculiaridades en cuanto al régimen jurídico, cuando el conflicto lo plantea el Estado.

La LOTC regula de forma conjunta tanto la legitimación como el objeto de estos recursos.

#### A) Legitimación.

Respecto a la legitimación al artículo 60 establece que:

*“ Los conflictos de competencia que opongan al Estado con una Comunidad Autónoma o a éstas entre sí, podrán ser suscitados por el Gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, en la forma que determinan los artículos siguientes. Los conflictos negativos podrán ser instados también por las personas físicas o jurídicas interesadas.”*

#### B) Objeto.

El artículo 61 establece el objeto de los conflictos, previendo dos supuestos, al disponer que *“pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia:*

*Las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas”* (conflicto positivo ).

*“O la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos.”* (conflicto negativo).

El objeto que la ley señala, suscita el problema del deslinde de estos procedimientos, respecto a posibles recursos contencioso administrativos

en que también se impugnen actos o disposiciones. No hay ninguna duda de que los actos, disposiciones o resoluciones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, invocando cualquier vicio de legalidad o cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Es, una vez más el artículo 59 LOTC, el que nos señala cuando el conflicto se puede suscitar ante el Tribunal Constitucional: cuando nos hallemos ante una disputa acerca de la competencia atribuida por la Constitución o por una Ley . En este sentido la STC 88/1989 de 11 de mayo ha declarado que:

*“El conflicto positivo de competencia es un proceso constitucional singular y específico del que debe conocer este Tribunal en exclusiva, para dirimir la titularidad de las competencias que dos entes pretenden poseer uno frente a otro, por lo que su especial naturaleza lo hace ajeno a la equiparación con el proceso contencioso-administrativo (...) en la determinación de los actos recurridos en el mismo, que tienen otras finalidades distintas» -STC 143/1985, de 24 de octubre, fundamento jurídico 6.º ([RTC 1985\143](#))-.*

*La identidad del conflicto positivo de competencia radica en la existencia entre dos entes, Estado y Comunidad Autónoma o Comunidades Autónomas entre sí, de una controversia planteada, con motivo de una disposición, resolución o acto, en relación con la titularidad de competencias «asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas» (art. 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), objeto procesal al que, como ya señalamos en la STC 1/1986, de 10 de enero, fundamento jurídico 1.º ([RTC 1986\1](#)), se adecúa la Sentencia que pronuncia el Tribunal, en la que, como contenido necesario, se declarará «la titularidad de la competencia controvertida» (art. 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”*

También se regula, con carácter general, los efectos que produce el planteamiento del conflicto tanto desde un punto de vista procedimental como sustantivo, para el supuesto de que esa misma cuestión esté suscitada ante otro Tribunal, pensándose en la posibilidad de que puedan existir conflictos constitucionales y recursos contencioso administrativos sobre la misma materia.

Sobre tal particular los apartados 2 y 3 del artículo 61 establecen:

- *“Cuando se plantease un conflicto de los mencionados en el artículo anterior con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier Tribunal, éste suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional.”*
- *“La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.”*

Veamos a continuación la regulación que contiene la ley en cuanto a los dos tipos de conflictos, los positivos y los negativos.

## II.- Conflictos positivos.

### A) Naturaleza.

Respecto a la naturaleza de este procedimiento el Tribunal Constitucional ha destacado que se trata de una modalidad de control preventivo que tiene por finalidad *“prevenir posibles interpretaciones contrarias a la constitución por parte de quienes están llamados a aplicar disposiciones delimitadoras de competencias.”* (STC 13/1998).

La sentencia del Tribunal Constitucional 44/2007 de 1 de marzo, concreta este supuesto desde dos puntos de vista:



- “Respecto del objeto procesal de los conflictos constitucionales de competencia entre entes, que en este tipo de procesos no resulta indispensable que el ente que los formaliza recabe para sí la competencia ejercida por otro; basta que entienda que una disposición, resolución o acto emanados de ese otro ente no respeta el orden de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad y, en el caso de las Comunidades Autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecte a su ámbito de autonomía condicionando o configurando sus competencias de forma que juzga contraria a este orden competencial (entre otras, SSTC 11/1984 [ RTC 1984, 11] , 1/1986 [ RTC 1986, 1] , 104/1988 [ RTC 1988, 104] , 115/1991 [ RTC 1991, 115] y 235/1991 [ RTC 1991, 235] ). Así, pues, en el ámbito procesal propio de los conflictos constitucionales de competencia cabe, **no sólo la reivindicación de la titularidad del acto controvertido, sino también la denuncia de los excesos en el ejercicio de una competencia ajena siempre que ese exceso vulnere el sistema de distribución de competencias diseñado en el bloque de la constitucionalidad**. No obstante, según ha precisado este Tribunal Constitucional en resoluciones posteriores (entre otras, STC 88/1989 [ RTC 1989, 88] , AATC 886/1988 [ RTC 1988, 886 AUTO] , 142/1989 [ RTC 1989, 142 AUTO] y 357/1990 [ RTC 1990, 357 AUTO] ), no cualquier pretensión que afecte a la titularidad o al ejercicio de una competencia puede residenciarse, sin más, en el proceso relativo a los conflictos constitucionales de competencia. Para ello se requiere, entre otras condiciones, que la controversia afecte a la definición o delimitación de los títulos competenciales en litigio y, más exactamente, a la **delimitación de estos títulos contenida en la Constitución, los Estatutos de Autonomía** o las Leyes del bloque de la constitucionalidad que delimitan las competencias estatales y autonómicas.”

- También esta naturaleza de control preventivo determina que el conflicto pueda suscitarse aunque se haya producido una modificación normativa en

la norma atributiva de la competencia, con tal de que se trate de un conflicto competencial vivo. La misma sentencia 44/2007 del Tribunal Constitucional señala, sobre este particular, que: *“la controversia constitucional no puede quedar automáticamente enervada por la simple modificación de las disposiciones cuya adopción dio origen al conflicto, cuando las partes demanden todavía una determinación jurisdiccional de sus competencias que constate si se verificó o no la extralimitación competencial denunciada. Por tanto, hay que huir de todo automatismo en los efectos que en los procesos conflictuales quepa conceder a las modificaciones sobrevenidas de las disposiciones discutidas, y estar sustancialmente a la persistencia o no de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes (entre otras, STC 147/1998, de 2 de julio [ RTC 1998, 147 ] , F. 3).”*

## B) Procedimiento.

En cuanto al procedimiento se pueden distinguir tres fases: la fase previa (requerimiento), la suspensión de la disposición o el acto impugnado, la sustanciación o instrucción y la fase resolutive (sentencia).

### B.1) El requerimiento previo.

En este tema la legitimación es importante porque el régimen del requerimiento es distinto si el conflicto lo plantea el Estado que si lo suscita la Comunidad Autónoma. En el primer caso el requerimiento es potestativo, en el segundo preceptivo. En efecto:

- “Cuando el **Gobierno** considere que una disposición o resolución de una Comunidad Autónoma no respeta el orden de competencia establecido en la Constitución (RCL 1978, 2836) , en los Estatutos de Autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes, podrá formalizar directamente ante el

*Tribunal Constitucional, en el plazo de dos meses, el conflicto de competencia, o hacer uso del previo requerimiento regulado en el artículo siguiente, todo ello sin perjuicio de que el Gobierno pueda invocar el artículo 161.2 , de la Constitución, con los efectos correspondientes.”*  
(artículo 62.1 LOTC)

*“Cuando el **órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma** considerase que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución (RCL 1978, 2836) , en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes correspondientes y siempre que afecte a su propio ámbito, requerirá a aquélla o a éste para que sea derogada la disposición o anulados la resolución o el acto en cuestión.”*  
(artículo 63.1 LOTC).

El plazo y la forma o contenido del requerimiento se concretan en los párrafos 2 y 3 del artículo 63 LOTC:

*“El requerimiento de incompetencia podrá formularse dentro de los dos meses siguientes al día de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto que se entiendan viciados de incompetencia o con motivo de un acto concreto de aplicación y se dirigirá directamente al Gobierno o al órgano ejecutivo superior de la otra Comunidad Autónoma, dando cuenta igualmente al Gobierno en este caso.”*

*“En el requerimiento se especificarán con claridad los preceptos de la disposición o los puntos concretos de la resolución o acto viciados de incompetencia, así como las disposiciones legales o constitucionales de las que el vicio resulte.”*

El órgano al que se dirige el requerimiento debe admitirlo o rechazarlo en la forma y plazos que marca el artículo 63.4 LOTC:

*“ El órgano requerido, si estima fundado el requerimiento, deberá atenderlo en el plazo máximo de un mes a partir de su recepción, comunicándolo así al requirente y al Gobierno, si éste no actuara en tal condición. Si no lo estimara fundado, deberá igualmente rechazarlo dentro del mismo plazo, a cuyo término se entenderán en todo caso rechazados los requerimientos no atendidos.”*

## B.2) Suspensión de la disposición o del acto impugnado.

También en este caso el régimen jurídico es distinto según que quien recurra sea el Estado o una Comunidad Autónoma.

El fundamento de esta diferenciación dimana de la propia Constitución que en su artículo 161.2 establece que: *“El gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”*.

De acuerdo con esta previsión, cuando es el Gobierno quien plantea el conflicto, *“una vez adoptada decisión por la Comunidad Autónoma y con invocación del artículo 161.2 , de la Constitución (RCL 1978, 2836) , su formalización comunicada por el Tribunal suspenderá inmediatamente la vigencia de la disposición, resolución o acto que hubiesen dado origen al conflicto.”* (artículo 64.2 LOTC); si bien, en este supuesto *“si la sentencia no se produjera dentro de los cinco meses desde la iniciación del conflicto, el Tribunal deberá resolver dentro de este plazo, por auto motivado, acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión del acto, resolución o disposición impugnados de incompetencia por el Gobierno.”* (Artículo 65.2 LOTC).

Sin embargo cuando el conflicto lo plantea una Comunidad Autónoma, el régimen de suspensión es diferente:

*“En los restantes supuestos, el órgano que formalice el conflicto podrá solicitar del Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto, invocando perjuicios de imposible o difícil reparación, el Tribunal acordará o denegará libremente la suspensión solicitada.”* (artículo 64.3 LOTC).

### B.3) Instrucción del procedimiento.

El conflicto se plantea cuando el Gobierno decide interponerlo directamente en el plazo de dos meses (artículo 62) o, lógicamente, cuando el requerimiento no sea atendido. Así lo prevé el artículo 63.5 LOTC:

*“ Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo o al término del plazo a que se refiere el apartado anterior, el órgano requirente, si no ha obtenido satisfacción, podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando el cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento y alegando los fundamentos jurídicos en que éste se apoya.”*

Las demás diligencias de instrucción del procedimiento se regulan en los artículos 64 y 65 LOTC:

*“En el término de 10 días, el Tribunal comunicará al Gobierno u órgano autonómico correspondiente la iniciación del conflicto, señalándose plazo, que en ningún caso será mayor de 20 días, para que aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.”* (Artículo 64.1 LOTC).

*“El planteamiento del conflicto iniciado por el Gobierno y, en su caso, el auto del Tribunal por el que se acuerde la suspensión de la disposición,*

*resolución o acto objeto del conflicto serán notificados a los interesados y publicados en el correspondiente «Diario Oficial» por el propio Tribunal.”* (Artículo 64.4)

*“El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro de los 15 días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias antes aludidas.”* (Artículo 65.1 LOTC).

#### B.4) Sentencia.

El artículo 66 LOTC alude a los pronunciamientos que puede contener la sentencia en términos ciertamente amplios:

*“La sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma.”*

Finalmente, tenemos que aludir a una regla procedimental especial que se contiene en el artículo 67 LOTC:

*“ Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad.”*

Sobre este último aspecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la previsión que contiene el artículo 67 LOTC no puede servir para convertir

este procedimiento en un recurso de inconstitucionalidad indirecto, de manera que es necesario que la apreciación sobre la titularidad de la competencia sea inseparable de la cuestión relativa a la acomodación de la norma legal atributiva de la competencia a la Constitución (STC 13/1998 de 22 de Enero).

### III.- Conflictos negativos

Los conflictos negativos de competencias, como ya hemos indicado, se suscitan cuando tanto los órganos del Estado como los de la Comunidad Autónoma declinan el ejercicio de la competencia.

#### A) Legitimación

En cuanto a la legitimación para plantear el conflicto negativo de competencias, la principal peculiaridad radica en que lo pueden interponer las personas físicas o jurídicas interesadas (artículo 60 LOTC).

#### B) Objeto

Su objeto se concreta en la omisión de las disposiciones, resoluciones o actos que la entidad respectiva debería dictar en el ejercicio de la competencia que le atribuye la Constitución o las Leyes (artículo 61.1 LOTC).

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional diferencia según que el conflicto lo susciten, de un lado, los particulares interesados o el Estado.

#### C) Conflicto negativo planteado por particulares .

##### C.1) Naturaleza.

El Tribunal Constitucional, en su Auto 169/2001 de 21 de Junio ha delimitado el ámbito de aplicación de esta figura en los siguientes términos:

*“Este Tribunal, «en una doctrina constante (SSTC 156/1990 [ RTC 1990, 156] , 37/1992 [ RTC 1992, 37] y 300/1993 [ RTC 1993, 300] y AATC 142/1989 [ RTC 1989, 142 AUTO] , 322/1989 [ RTC 1989, 322 AUTO] , 357/1990 [ RTC 1990, 357 AUTO] , 268/1994 [ RTC 1994, 268 AUTO] y 303/1994 [ RTC 1994, 303 AUTO] ), ha establecido que para que un conflicto negativo de los regulados en los arts. 68 y siguientes de su Ley Orgánica pueda ser planteado, es preciso que se cumpla una doble exigencia: es necesario, en primer lugar, que la persona física o jurídica que acuda a este Tribunal haya obtenido, en las condiciones y plazos que señala el art. 68 LOTC ( RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575) , sendas resoluciones declinatorias de la competencia por parte de las Administraciones implicadas (que en el supuesto de la Administración requerida en segundo lugar puede consistir en el simple silencio); además es preciso que dichas negativas se basen precisamente en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los Estatutos de Autonomía o de Leyes orgánicas y ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 69.2 LOTC )»*

## C.2) Procedimiento

El procedimiento aparece regulado en los artículos 68 a 70 y se articula en cuatro fases: requerimiento previo, planteamiento, sustanciación del conflicto y resolución.

### C.2.1) Requerimiento previo.



- *“En el caso de que un órgano de la Administración del Estado declinare su competencia para resolver cualquier pretensión deducida ante el mismo por persona física o jurídica, por entender que la competencia corresponde a una Comunidad Autónoma, el interesado, tras haber agotado la vía administrativa mediante recurso ante el Ministerio correspondiente, podrá reproducir su pretensión ante el órgano ejecutivo colegiado de la Comunidad Autónoma que la resolución declare competente. De análogo modo se procederá si la solicitud se promueve ante una Comunidad Autónoma y ésta se inhibe por entender competente al Estado o a otra Comunidad Autónoma”.*

- *“ La Administración solicitada en segundo lugar deberá admitir o declinar su competencia en el plazo de un mes. Si la admitiere, procederá a tramitar la solicitud presentada. Si se inhibiere, deberá notificarlo al requirente, con indicación precisa de los preceptos en que se funda su resolución.”*

#### C.2.2) Planteamiento del Conflicto.

- *“Si la Administración a que se refiere el apartado anterior declinare su competencia o no pronunciare decisión afirmativa en el plazo establecido, el interesado podrá acudir al Tribunal Constitucional. A tal efecto, deducirá la oportuna demanda dentro del mes siguiente a la notificación de la declinatoria, o si transcurriese el plazo establecido en el apartado 2 del presente artículo sin resolución expresa, en solicitud de que se tramite y resuelva el conflicto de competencia negativo”. (artículo 68.3 LOTC).*

- *“La solicitud de planteamiento de conflicto se formulará mediante escrito, al que habrán de acompañarse los documentos que acrediten haber agotado el trámite a que se refiere el artículo anterior y las resoluciones recaídas durante el mismo.” (Artículo 69.1 LOTC).*

### C.2.3) Sustanciación del conflicto.

La ley regula, en el artículo 69.2, un trámite de admisión mediante el cual el Tribunal Constitucional controla que el conflicto verse sobre la atribución de una competencia constitucional:

*“Si el Tribunal entendiere que la negativa de las Administraciones implicadas se basa precisamente en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los Estatutos de Autonomía o de Leyes orgánicas u ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas declarará, mediante auto que habrá de ser dictado dentro de los diez días siguientes al de la presentación del escrito, planteado el conflicto.”*

Posteriormente, confiere un trámite de alegaciones a los interesados, dando inmediato traslado del auto anteriormente señalado *“al solicitante y a las Administraciones implicadas, así como a cualesquiera otras que el Tribunal considere competentes, a las que remitirá además copia de la solicitud de su planteamiento y de los documentos acompañados a la misma y fijará a todos el plazo común de un mes para que aleguen cuanto estimen conducente a la solución del conflicto planteado”*.

### C.2.4) Sentencia

- *“Dentro del mes siguiente a la conclusión del plazo señalado en el artículo anterior o, en su caso, del que sucesivamente el Tribunal hubiere concedido para responder a las peticiones de aclaración, ampliación o precisión que les hubiere dirigido, se dictará sentencia que declarará cuál es la Administración competente.”* (Artículo 70.1 LOTC)

- “ Los plazos administrativos agotados se entenderán nuevamente abiertos por su duración ordinaria a partir de la publicación de la sentencia.” (Artículo 70.2 LOTC).

D) Conflicto de competencia negativo planteado por el Gobierno estatal.

D.1) Naturaleza.

La naturaleza de esta modalidad de conflicto no presenta particularidades.

D.2) Procedimiento

Las fases son análogas a las del supuesto anterior.

D.2.2) Requerimiento

- “El Gobierno podrá igualmente plantear conflicto de competencias negativo cuando habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que a la Comunidad confieran sus propios estatutos o una ley orgánica de delegación o transferencia, sea desatendido su requerimiento por declararse incompetente el órgano requerido.” (Artículo 71.1 LOTC).

- “La declaración de incompetencia se entenderá implícita por la simple inactividad del órgano ejecutivo requerido dentro del plazo que el Gobierno le hubiere fijado para el ejercicio de sus atribuciones, que en ningún caso será inferior a un mes.” (Artículo 71.2 LOTC).

D.2.3) Planteamiento del Conflicto.

“ Dentro del mes siguiente al día en que de manera expresa o tácita haya de considerarse rechazado el requerimiento a que se refiere el artículo

*anterior, el Gobierno podrá plantear ante el Tribunal Constitucional el conflicto negativo mediante escrito en el que habrán de indicarse los preceptos constitucionales, estatutarios o legales que a su juicio obligan a la Comunidad Autónoma a ejercer sus atribuciones.” (Artículo 72.1 LOTC).*

#### D.2.4) Sustanciación del Conflicto.

*“El Tribunal dará traslado del escrito al órgano ejecutivo superior de la Comunidad Autónoma, al que fijará un plazo de un mes para presentar las alegaciones que entienda oportunas.” (Artículo 72.2 LOTC).*

#### D.2.5) Sentencia.

Aparece regulada en el artículo 72.3 LOTC:

*“Dentro del mes siguiente a la conclusión de tal plazo o, en su caso, del que sucesivamente hubiere fijado al Estado o a la Comunidad Autónoma para responder a las peticiones de aclaración, ampliación o precisiones que les hubiere dirigido, el Tribunal dictará sentencia, que contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:*

*a) La declaración de que el requerimiento es procedente, que conllevará el establecimiento de un plazo dentro del cual la Comunidad Autónoma deberá ejercitar la atribución requerida.*

*b) La declaración de que el requerimiento es improcedente.”*

### **CONFLICTOS CONSTITUCIONALES ENTRE ÓRGANOS DEL ESTADO.**

#### A) Naturaleza.

En cuanto a la **naturaleza** de este procedimiento, el Tribunal Constitucional, en su célebre sentencia 45/1986 de 17 de Abril, ha señalado que:

*“El conflicto constitucional de atribuciones es un particular y especialísimo proceso que puede entablarse exclusivamente entre los órganos constitucionales mencionados en el art. 59 de la LOTC y que tiene por principal objeto una vindicación de competencia suscitada por uno de estos órganos constitucionales a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional. La vindicatio potestatis sólo puede referirse a actos constitutivos de invasión de atribuciones (art. 75.2 de la LOTC) y pretende, agotado el trámite previo de solicitud de revocación, que se determine el órgano a que corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y que, en consecuencia y, en su caso, se declaren nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y se resuelva lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos. Es claramente un cauce reparador, no preventivo, y sólo indirectamente, a consecuencia del reconocimiento de la invasión de atribuciones, puede tener efectos impugnatorios sobre tales actos y atribuciones”.*

#### B) Legitimación.

Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, se suscitan entre los órganos constitucionales del Estado que expresamente contempla el artículo 59 c) LOTC, esto es el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial. A estos habría que añadir los conflictos que se susciten en relación con las competencias del Tribunal de Cuentas que, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982, han de ser resueltos por el Tribunal Constitucional y por el procedimiento que estamos analizando y a instancia de las Cortes Generales, por delegación de las cuales se entiende

que actúa el Tribunal de Cuentas. Son éstos pues, los órganos legitimados para plantear el Conflicto.

#### C) Objeto.

El supuesto en el que cabe el planteamiento del conflicto es el previsto en el artículo 73.1, de acuerdo con el cual:

*“ En el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo 59.3 de esta Ley, por acuerdo de sus respectivos Plenos, estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque.”*

#### D) Características.

A la vista de esta regulación y como características fundamentales de la figura, se pueden reseñara las siguientes:

- Es un conflicto de atribuciones que se suscita cuando uno de los órganos mencionados conozca de cuestiones que el órgano requirente considera que le corresponden a él.
- Lo que se impugna es cualquier tipo de decisiones que supongan la asunción o atribución de la competencia controvertida.
- La norma atributiva de las competencias que origina el conflicto ha de ser la Constitución o las leyes Orgánicas, no estando prevista esta vía para conflictos que surjan en relación con competencias atribuidas por leyes ordinarias.

- El conflicto de competencias que regula la LOTC es el conflicto positivo, no estableciéndose una regulación para el supuesto de que ninguna de los órganos asuma la competencia.
- El enjuiciamiento de estos conflictos corresponde al Tribunal Constitucional en Pleno (artículo 10 g) LOTC).

#### E) Procedimiento.

Respecto al procedimiento, debemos reseñar los siguientes aspectos fundamentales:

##### E.1) Requerimiento.

Antes de la formalización del conflicto ante el Tribunal Constitucional, se realiza un requerimiento previo que se tiene que formular *“dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones.”* En el requerimiento se solicita que se revoque la decisión (artículo 73.1 LOTC).

En el caso de que el requerimiento no sea atendido de forma expresa o tácita, el órgano que estime indebidamente asumidas sus atribuciones *“planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente”* . (Artículo 73.2 LOTC).

##### E.2) Planteamiento del Conflicto.

El planteamiento se efectúa mediante *“ un escrito en el que se especificarán los preceptos que considera vulnerados y formulará las alegaciones que estime oportunas. A este escrito acompañará una*

*certificación de los antecedentes que repute necesarios” (Artículo 73.2 LOTC).*

### E.3) Sustanciación.

La sustanciación del recurso aparece regulada en los artículos 74 y 75 LOTC:

- *“Recibido el escrito, el Tribunal, dentro de los diez días siguientes, dará traslado del mismo al órgano requerido y le fijará el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes”.*
- *“ Idénticos traslados y emplazamientos se harán a todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales podrán comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si entendieren que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones” .*
- *“El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión”*

### E.4) La sentencia.

La sentencia se dicta “ dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de alegaciones a que se refiere el artículo anterior o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias, que no será superior a otros treinta días.”. En ella “el Tribunal determinará a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos.” (artículo 75 LOTC).



## **CONFLICTOS EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL.**

### **A) Naturaleza.**

La primera sentencia del Tribunal Constitucional que se dictó en un procedimiento de este tipo es la 240/2006 de 20 de Julio, en la que el Tribunal Constitucional delimita la naturaleza de este recurso:

*“Según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1999, ésta regula «al amparo de lo previsto en el art. 161.1 d) de la Constitución... un nuevo procedimiento, denominado "De los conflictos en defensa de la autonomía local "». Debe señalarse, de entrada, que estamos efectivamente ante un nuevo proceso constitucional, pues, dada su configuración, no puede entenderse como una nueva modalidad, ni de alguno de los procesos a los que se hace referencia en los epígrafes a), b) y c) del art. 161.1 CE ( RCL 1978, 2836) , ni del contemplado en el art. 161.2 CE. Tampoco puede considerarse una variante de ninguno de los procedimientos que, al amparo del epígrafe d) del art. 161.1 CE, han sido creados por las «Leyes orgánicas» y hoy forman parte de la jurisdicción constitucional en nuestro Ordenamiento. La Ley Orgánica 7/1999 ha procedido a su creación y regulación amparándose precisamente en la cláusula del art. 161.1 d) CE, que habilita al legislador orgánico para atribuir a la jurisdicción del Tribunal Constitucional la competencia para conocer «de las demás materias» no contempladas en los preceptos constitucionales siempre que dicha atribución no se haga contra la Constitución.*

*Este nuevo procedimiento viene a reforzar los mecanismos en defensa de la autonomía local de los que ya disponen los entes locales en nuestro Ordenamiento, el cual tradicionalmente tenía establecidas vías jurisdiccionales para que aquéllos pudieran demandar la tutela del libre ejercicio de sus competencias, tal como prevé el art. 11 de la Carta*

*Europea de Autonomía local, ratificada por España a través de Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988 ( RCL 1989, 412) , depositado el 8 de noviembre de 1988, y entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1989. Dicha defensa frente a invasiones provocadas por actos o normas infralegales podía sustanciarse, desde luego, ante el Poder Judicial (art. 153.c CE [ RCL 1978, 2836] ; art. 63.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local: LBRL [ RCL 1985, 799, 1372] ), tal como afirma el Dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOTC (Dictamen núm. 2484/1998, de 18 de junio de 1998). Cabía también que las entidades locales alegasen la inconstitucionalidad de normas con rango de Ley que menoscabaran su autonomía constitucionalmente garantizada, pero sólo ante la jurisdicción ordinaria; ello, como declaró este Tribunal, porque la proclamación constitucional de la autonomía de municipios y provincias no fue inicialmente acompañada, como en otros Ordenamientos sucede, con la atribución «de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de Ley» ( SSTC 31/1981, de 28 julio [ RTC 1981, 31] , F. 5; 214/1989, de 21 de diciembre [ RTC 1989, 214] , F. 1).”*

B) Objeto.

El artículo 75 bis LOTC señala:

*“1. Podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.*

C) Legitimación.

La legitimación para plantear este recurso aparece regulada en el artículo 75 ter LOTC.

*“ Están legitimados para plantear estos conflictos:*

*a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley.*

*b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.*

*c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.*

*2. Para iniciar la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local será necesario el acuerdo del órgano plenario de las Corporaciones Locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas.*

*3. Una vez cumplido el requisito establecido en el apartado anterior, y de manera previa a la formalización del conflicto, deberá solicitarse dictamen, con carácter preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las Corporaciones Locales corresponda a varias o a una Comunidad Autónoma. En las Comunidades Autónomas que no dispongan de órgano consultivo, el dictamen corresponderá al Consejo de Estado.*

*4. Las asociaciones de entidades locales podrán asistir a los entes locales legitimados a fin de facilitarles el cumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento de tramitación del presente conflicto.”*

D) Plazo de interposición.

De acuerdo con el artículo 75 quater, los dictámenes a los que se refiere el artículo 75 ter., deberán solicitarse dentro de los tres meses siguientes al día de la publicación de la ley que se entienda lesiona la autonomía local. Dentro del mes siguiente a la recepción del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, los municipios o provincias legitimados podrán plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo anterior y alegándose los fundamentos jurídicos en que se apoya.

E) Tramitación.

La tramitación del recurso aparece regulada 75 quinquies LOTC:

*“1. Planteado el conflicto, el Tribunal podrá acordar, mediante auto motivado, la inadmisión del mismo por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables o cuando estuviera notoriamente infundada la controversia suscitada.*

*2. Admitido a trámite el conflicto en el término de diez días, el Tribunal dará traslado del mismo a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma de quien hubiese emanado la ley, y en todo caso a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado. La personación y la formulación de alegaciones deberán realizarse en el plazo de veinte días.*

*3. El planteamiento del conflicto será notificado a los interesados y publicado en el correspondiente Diario oficial por el propio Tribunal.*

*4. El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro de los quince días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias antes aludidas.”*

F) Sentencia.

En relación con la sentencia, el artículo 75 quinquies, párrafos 5 y 6 y el artículo 75 bis.2 señalan:

- La sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local.
- La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes.
- La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.

## **IMPUGNACION DE DISPOSICIONES Y RESOLUCIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

Esta figura aparece regulada en el Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y se basa en la previsión expresa que se contiene en el artículo 161.2 CE, anteriormente citado.

Su peculiaridad radica en que, en este caso, lo que se impugna son resoluciones o disposiciones que no tienen rango de ley, lo que vuelve a suscitar la cuestión del deslinde de este supuesto con el recurso contencioso administrativo. También en este caso, el Tribunal Constitucional ha declarado que el fundamento de este recurso tiene que radicar en infracción de normas constitucionales y no meramente legales (SSTC 148/1992 de 16 de Octubre).

El Auto del Tribunal Constitucional 135/2004 de 20 de Abril alude a la diferenciación de este procedimiento con el Recurso de Inconstitucionalidad y el Conflicto de Competencias:

*“Esta singularidad del proceso impugnatorio del título V LOTC en relación, en lo que ahora interesa, con el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto positivo de competencia, aparece expresa y claramente expuesta, entre otras, en la STC 64/1990, de 5 de abril . Los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional configuran –se dice en la mencionada Sentencia– «un procedimiento que, aun cuando coincidente en sus trámites con el conflicto positivo de competencias (por remisión del art. 77 a los arts. 62 a 67 de la Ley Orgánica), encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos, como el presente, en los que el Gobierno imputa a una disposición sin fuerza de Ley de una Comunidad Autónoma – o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos– un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no podría ser, en razón del rango infralegal de la disposición impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de*

*inconstitucionalidad, únicamente procedente contra "disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley" [art. 2.1 a) LOTC], ni se avendría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencias, legalmente contraído a las controversias que opongan al Estado y a las Comunidades Autónomas o a éstas entre sí acerca de la titularidad de las "competencias asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas" (art. 59 LOTC)» (F. 1)".*

Su regulación legal se establece en los artículos 76 y 77 LOTC, siendo sus principales peculiaridades:

#### A) Planteamiento.

*"Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación o, en defecto de la misma, desde que llegare a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas."*

#### B) Tramitación.

Este procedimiento se tramita por las reglas que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece para los conflictos positivos de competencias, esto es el regulado en los artículos 62 a 67 de la Ley.

#### C) Suspensión

*"La formulación de la impugnación comunicada por el Tribunal producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el Tribunal*

*resuelva ratificarla o levantarla en plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia.” (Artículo 77 LOTC).*

**Javier Suárez García**  
**Abogado del Estado**

### **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**

Derecho Público de las Comunidades Autónomas. Santiago Muñoz Machado. Civitas, Madrid 1984.

Estudio sobre Autonomías Territoriales. Eduardo García de Enterría. Civitas, 1985.

Curso de Derecho Administrativo. Eduardo García de Enterría. Civitas, 1995.

Derecho Constitucional Comparado. Manuel García Pelayo. Alianza Universidad Textos, 1984.



## **II. DERECHO AUTONÓMICO Y DERECHO LOCAL.**

# **1. LA AUTONOMÍA GALLEGA. ORIGEN Y EVOLUCIÓN. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. EL ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA Y COMO NORMA DEL ESTADO. ESTRUCTURA Y CONTENIDO. LA REFORMA DEL ESTATUTO.**

## **TEMA 1**

### **LA AUTONOMÍA GALLEGA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. EL ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA Y COMO NORMA DEL ESTADO. ESTRUCTURA Y CONTENIDO. LA REFORMA DEL ESTATUTO.**

#### **LA AUTONOMÍA GALLEGA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN.**

El antecedente más inmediato del actual Estatuto de Autonomía para Galicia es el documento aprobado mediante referéndum el 28 de junio de 1936. Se trata de un texto jurídico que fue prácticamente avalado de forma unánime por la inmensa mayoría (99,2%) de los votantes y que facilitó que el 15 de julio de ese mismo año, el comité central de la Autonomía de Galicia pudiera entregar el proyecto de Estatuto al presidente de las Cortes, órgano que no pudo aprobarlo definitivamente como consecuencia de la Guerra Civil.

La disposición transitoria segunda de la Constitución de 1978, en la que se prevé un régimen singular para “los territorios que en el pasado plebiscitaron afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía”, hace inexcusable una referencia a los antecedentes del actual Estatuto de 1981. Porque, efectivamente, el 28 de junio de 1936 fue aprobado en referéndum el proyecto de Estatuto gallego elaborado al amparo de la Constitución de 1931.

Como es sabido, la Constitución republicana definió el “Estado Integral” en una solución de compromiso entre unitarios y federales. A pesar de las confesadas influencias del Derecho comparado, singularmente de las Constituciones alemana de Weimar de 1919 y la austríaca de 1920, y de los juristas que las inspiraron, la solución “integral” española es

fundamentalmente resultado de la realidad histórica y de los condicionamientos políticos que están en el origen mismo de la Segunda República.

Los avatares autonomistas a lo largo de la II República son objeto de profundos debates historiográficos, pero sí transmiten con bastante claridad la existencia de una idea que choca con la realidad autonómica actual: la constitución selectiva de territorios autónomos, en principio limitados a los casos catalán, vasco y gallego. De hecho, estos serán a la postre los únicos estatutos que llegaron a aprobarse por las Cortes republicanas, sin perjuicio de que otras iniciativas estuvieran pendientes de tramitación en diversas comunidades autónomas.

El Estatuto gallego, como se indicó anteriormente, fue aprobado mediante referéndum, pero no llegó a aplicarse tras el estallido de la contienda civil. Esto no impide tomar cuenta de la importancia del contenido de esa norma como antecedente del texto de 1981, si bien en ciertos aspectos la regulación jurídica está francamente alejada.

En este orden de cosas, la elección popular, directa y secreta del presidente de Galicia capacitado para designar y cesar al presidente de la Xunta es un ejemplo claro de un esquema bicéfalo ajeno al contenido del actual Estatuto que como es bien sabido concentra ambas figuras en una sola persona.

El elemento constitutivo de la autonomía referido a su territorio, recibió también una solución bien diferente a la del actual Estatuto de 1981. En efecto, el Estatuto republicano posibilitaba que se pudiera integrar en el territorio gallego cualquier otro limítrofe con características históricas, culturales, económicas y geográficas análogas; aspecto este que el legislador de 1981 no contempla sino a través de una reforma del Estatuto de Autonomía.

En el aspecto competencial el Estatuto de 1936 era más lacónico y establecía unas previsiones más genéricas que el actual que es más agotador de los ámbitos administrativos sectoriales que pueden atenderse desde el nivel administrativo de Galicia. En el ámbito competencial económico financiero siempre fue puesto en valor desde ámbitos galleguistas el instrumento de un banco público autonómico que, si bien debía respetar principios esenciales de la legislación estatal, podría llevar a cabo servicios recaudatorios de tesorería o crédito por sí mismo o en relación con las cajas de ahorro y otras instituciones análogas de carácter público.

Singular referencia merece el tratamiento de la cooficialidad de los dos idiomas existentes en Galicia. El artículo 4 del Estatuto de 1936 establecía que los escritos a tribunales y autoridades y documentos de fedatarios públicos debían expedirse en castellano si así se solicitan, y si estaba en gallego el original, su texto debería acercarse a la traducción en castellano. Paralelamente, en las relaciones oficiales de Galicia con autoridades del Estado y de otros territorios, debería usarse siempre el idioma común de toda España.

Estos principios lingüísticos tenían además en el propio Estatuto un reflejo en lo referido a la regulación de la función pública autonómica, ya que los funcionarios gallegos estaban obligados a acreditar el conocimiento de la lengua gallega y, de manera muy pareja a lo establecido en el Estatuto de 1981 a los notarios se les daba preferencia para la provisión de los puestos a los que pudieran documentar conocimiento de la lengua y del derecho de Galicia.

La cuestión lingüística se completaba con un mandato estatutario referido al ámbito educativo, disponiendo que en las escuelas privadas era obligada la enseñanza del gallego y del castellano, aspecto este que en el actual

ordenamiento jurídico de Galicia no tiene acogida estatutaria sino en la Ley de Normalización Lingüística de Galicia.

Situándonos ya en el proceso iniciado por la Constitución Española de 1978, el antecedente inmediato de la elaboración del texto gallego está en la aprobación de la Ley para la Reforma Política de 1977, que posibilitó una admisión progresiva de autonomías provisionales. En este sentido, resulta de interés recordar que en la comisión de los 10 que negociaron con ADOLFO SUÁREZ las condiciones para la celebración de elecciones generales en 1977 figuró la presencia de diversos partidos políticos entre los que se encontraban algunos que justificaban su participación debido a su vinculación con Galicia.

Tras la celebración de las primeras elecciones democráticas, una asamblea de parlamentarios gallegos aprobó en octubre de 1977 un texto que sirvió de base del régimen preautonómico para Galicia. Ese texto fue negociado con representantes del gobierno y acabó plasmándose en el RD Ley 7/1978 del 16 de marzo por el que se instituye la Xunta de Galicia, como órgano provisional de Galicia, que actuará mientras perdure la fase preautonómica y no se apruebe la constitución y el subsiguiente Estatuto de Autonomía.

Este régimen preautonómico pretendió, en opinión de MAIZ SUÁREZ, dar satisfacción al deseo de contar con instituciones propias siendo consciente de que:

- no se condicionaba el futuro texto constitucional
- no se obligaba a existir al futuro Estatuto de Autonomía que estaba por llegar.

El texto era consciente de su carácter provisional y “de mínimos”, de tal manera que postergaba al momento estatuyente la regulación de aspectos esenciales de la autonomía.

La preautonomía gallega se basa en la existencia de un territorio delimitado por las cuatro provincias de Galicia (A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra). Además se crea el órgano de gobierno de Galicia con personalidad jurídica propia (la Xunta de Galicia). Este órgano se compuso de:

- 11 miembros elegidos por los diputados y senadores proclamados en las elecciones generales de 1977 en Galicia.
- los 3 senadores gallegos de designación real.

Ocho de estos fueron elegidos por los parlamentarios de cada provincia aisladamente, otorgándosele un par a cada una de ellas y los tres remanentes serán elegidos por los anteriores. Además, participaría en la Xunta gallega un representante de cada una de las diputaciones provinciales disponiéndose para tal efecto que celebradas las elecciones locales estos serían sustituidos por 8 nuevos representantes de las diputaciones renovadas.

La presidencia de la Xunta de Galicia recayó en la persona del diputado ANTONIO ROSÓN PÉREZ que fue elegido en el seno de la propia Xunta. Las competencias que ejerció la Xunta preautonómica se relacionaron fundamentalmente con aspectos de autoorganización, relaciones con las diputaciones provinciales, gestión de funciones y servicios transferidos y facultades de propuesta al gobierno estatal acerca de las medidas que afecten a los intereses gallegos.

Desde el punto de vista del régimen jurídico merece la pena destacarse que desde un primer momento la Xunta:

- dispuso de servicios propios y de la colaboración necesaria de los medios personales y materiales de las diputaciones de Galicia,
- estuvo sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y a una suerte de tutela estatal de oportunidad.

El acto de constitución oficial de la Xunta preautonómica se celebró en el Pazo de Xelmirez en la Plaza del Obradoiro de Santiago de Compostela el día 18 de abril de 1978.

Entre los antecedentes que determinan la tramitación del Estatuto gallego debe citarse la elaboración de un anteproyecto por parte del denominado "grupo de los 16", que tuvo su origen en la convocatoria que el 3 de julio de 1978 el Presidente de la Xunta realizó a todos los partidos políticos, entidades culturales, sociales y sindicales para que colaboraran en tal labor.

Otro antecedente importante fue la redacción de la denominada "Ponencia de los 9", que trató de llevar a cabo lo establecido en el artículo 151 de la Constitución mediante la reunión de la asamblea de parlamentarios gallegos el día 5 de mayo de 1979. De este modo, el 25 de junio la citada asamblea aprobó por unanimidad, excepto dos aspectos muy concretos, el proyecto de Estatuto de Autonomía para Galicia que se presentó en el Congreso de los Diputados el día 28 de junio de 1979. La Comisión Constitucional del Congreso recibió el proyecto y se abrió un plazo para presentar motivos de desacuerdo, que concluyó el 21 de septiembre. Se produjo aquí una paralización en la substanciación del Estatuto de Autonomía para Galicia, fruto de fuertes tensiones políticas y que solo pudo superarse mediante la firma del llamado "Pacto del Hostal" en septiembre de 1980.

De este modo, el 21 de diciembre de ese mismo año se celebró el referéndum de aprobación del Estatuto de Autonomía para Galicia, siendo remitido para su confirmación por el Congreso de los Diputados en su sesión del 17 de febrero de 1981 y por el Senado el 17 de marzo, aprobándose como Ley Orgánica 1/1981 del 6 de abril.



## **EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. EL ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA Y COMO NORMA DEL ESTADO. ESTRUCTURA Y CONTENIDO.**

La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 del 28 de junio es un magnífico documento jurídico que recuerda y actualiza la posición que dentro del ordenamiento español tiene el Estatuto de Autonomía. En efecto, el fundamento jurídico tercero aporta la siguiente doctrina:

“...Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución en el admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución stricto sensu, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desenvuelve el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la Constitución de todas las normas que, sea cual sea su cometido con una

perspectiva material el lógica, no se integran en el Ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal; única que atribuye a los contenidos normativos –también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución– la posición de supremacía reservada a la Norma Fundamental del Ordenamiento jurídico...”

Hay que comenzar diciendo que tanto en la doctrina italiana como en la española, existe un amplio acuerdo en considerar que, desde un punto de vista político-funcional, los estatutos desempeñan en las CCAA un papel equivalente al que ha atribuido la Constitución de cualquier Estado-miembro de un Estado federal. Esto es así por dos razones:

- del mismo modo que a las constituciones regionales, es al Estatuto a lo que le corresponde la regulación de la estructura organizativa básica de la CA de que se trate, así como el establecimiento de las reglas fundamentales a las que se han de sujetar los órganos autonómicos para llevar a cabo su actividad.
- porque les corresponde también a los Estatutos establecer el procedimiento de creación del resto de las normas jurídicas regionales.

Ahora bien, si esta equiparación entre el valor político y funcional de los estatutos de autonomía y las constituciones regionales es aceptable desde una óptica política, lo cierto es que, como acertó GARCÍA DE ENTERRÍA, resulta cuestionable en términos jurídicos. En efecto, mientras que el caso de los llamados estados federales en sentido estricto, el orden jurídico fundamental de las colectividades miembros viene determinado por su propia Constitución federal, en el caso español por el contrario, lo que sucede es que el orden jurídico fundamental de las Comunidades Autónomas no lo constituye solo el Estatuto de autonomía, sino que aquel

está integrado por la Constitución Española y también por los Estatutos de Autonomía.

En todo caso, importa poner de relieve que en la medida que los estatutos son llamados por la Constitución Española a concretar y determinar la propia estructura estatal y la distribución de competencias dejadas abiertas por el constituyente, lo que sucede es que, desde una perspectiva politológica, los estatutos adquieren la virtualidad de ser "la prolongación natural" de un proceso constituyente, que si jurídicamente aparece cerrado desde el mismo momento de la promulgación de la Constitución, políticamente no concluirá hasta que se produzca la definitiva creación del modelo único de Comunidad previsto por la Carta Magna.

En la medida que la elaboración de los estatutos de autonomía exige que se verifique una participación de los propios entes territoriales interesados en la creación de la noticia colectividad miembro, surge la pregunta de si esa participación permite afirmar que, a pesar de estar enunciado como Ley Orgánica por el art. 81.1 de la Constitución, los Estatutos de Autonomía son un acto normativo regional o si por el contrario, estamos en presencia de un auténtico acto normativo estatal. Interrogante que fue contestada de muy diversas maneras por nuestra doctrina.

Podemos considerar a los Estatutos como normas del Estado y como normas autonómicas, es decir, son las dos cosas, atendiendo a varias razones:

- su origen
- su aprobación
- su posición respecto a en la propia Constitución.

Son expresión del principio autonómico en cuanto que, (al margen de los supuestos específicos del art. 144 b) y c)), su formación:

- comenzó con una "iniciativa autonómica" (art. 143 y 151)

- continuó con una elaboración formulada por las representaciones del territorio de que se trataba (art. 146)
- en el caso de los Estatutos del nivel superior de autonomía, se prolongó en la propia fase de aprobación por las Cortes Generales, en cuanto que tal fase se requirió como un "común acuerdo para su planteamiento definitivo", acuerdo que a las Cortes como tales correspondió solo ratificar o no (art. 151.2).

Además, el principio autonómico presente en los Estatutos se hace visible en la técnica de la rigidez de que, una vez aprobados, les dota la Constitución, puesto que su modificación requerirá un consentimiento de las representaciones del respectivo territorio.

Pero a la vez, es también notorio que se trata de una norma estatal, y así lo precisa el art. 147.1 CE: "los estatutos serán la norma institucional básica de cada CCAA y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento Jurídico". El Estatuto, con independencia de su proceso de formación, es una Ley Orgánica de las Cortes Generales (art. 81.1, 146, 147.3, 151). Pero acaso puede tener mayor interés insistir en que el Estatuto es una norma propia del Estado global por su propia función y contenido, en cuanto que complemento indispensable de la CE para convertir en acto la potencialidad autonómica que esta previó, puesto que, sin Estatuto no surge una CA. De este modo, el Estatuto especifica el marco de la CE respecto a cada autonomía en particular, con lo que el ordenamiento autonómico respectivo ha de encontrar en su Estatuto su norma suprema, aunque "dentro del marco establecido en la CE" como reza el art. 147 de ésta.

Si por su origen el Estatuto de Autonomía no es la Constitución de un Estado miembro de un Estado Federal, por su función sí que vienen a ser muy parecidas. La Constitución lo expresa con bastante claridad en el artículo 147.1: "Dentro de los términos de la presente Constitución los

Estatutos de Autonomía serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma. "

Para cumplir su función en cuanto tal norma institucional básica, el Estatuto de Autonomía tiene que tener un determinado contenido, que es lo que está previsto por la propia Constitución en los artículos 147 y 152. Inicialmente los contenidos previstos en estos dos artículos se consideraban como contenidos alternativos para los dos posibles tipos de Estatutos de Autonomía, los que se habían aprobado por la vía del artículo 143 y los aprobados por la del 151. No obstante, el desarrollo del proceso autonómico condujo a una solución diferente, de tal suerte que el contenido típico de los Estatutos de Autonomía aprobados hasta la fecha no es el del artículo 147 o el del 152, sino la suma de ambos. Todos los Estatutos de Autonomía aprobados tenían una estructura y un contenido similar.

## **ESTRUCTURA Y CONTENIDO SEGÚN LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES**

El artículo 147 de la CE enumera cuatro elementos que de forma obligatoria debe contener todo Estatuto de Autonomía:

- La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica;
- la delimitación de su territorio;
- la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias; y las
- competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a estas.

El artículo 147.1 de la Constitución también establece que el Estado reconoce y ampara a los Estatutos de Autonomía como parte integrante de

su ordenamiento jurídico. RUIPÉREZ ALAMILLO defiende la naturaleza estatal de los Estatutos de Autonomía basándose en dos cuestiones:

1ª. La intervención del poder central se verifica a la hora de aprobar el Estatuto de Autonomía: Los Diputados y Senadores, representantes de la Nación española en su conjunto son llamados a formar parte, bien en solitario (artículo 152.2.1), bien en unión de representantes de las Diputaciones Provinciales (artículo 146) de la Asamblea redactora del Proyecto de Estatuto.

2ª Las Cortes Generales han reconocido un poder de enmienda sobre el texto Estatutario de que conocen: nuestras Cortes Generales no se encuentran condicionadas por el proyecto de Estatuto que le presenta la Asamblea redactora, de manera que pueden introducir en él cuantas modificaciones estimen pertinentes, sin más límite en su actuación que el del respeto al contenido autonómico mínimo garantizado por la Constitución (no pueden privar a la futura Comunidad Autónoma de su carácter de centro autónomo de decisión política, para convertirlo en un simple ente administrativo territorial).

Para ilustrar la situación actual de esta problemática se debe acudir al fundamento jurídico 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 del 28 de junio que concluye:

“...La naturaleza y la función constitucionales de los Estatutos de Autonomía determinan su posible contenido. Del mismo forma parte, en primer lugar, y como ya hemos dicho, el minimum relacionado en el art. 147.2 CE. También por disposición constitucional expresa, a materias referidas en determinados preceptos de la Constitución. En ambos casos puede hablarse de un contenido estatutario constitucionalmente explícito. Cabe junto a él un contenido implícito por inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica (art. 147.1 CE), con cuanto ello implica en términos de autogobierno, de autoorganización y de identidad.

Con ese título pueden integrarse en los Estatutos previsiones y disciplinas muy dispares, aunque siempre dejando a salvo, como es evidente, las reservas establecidas por la Constitución en favor de leyes específicas o para la disciplina de materia orgánica no estatutaria. Y, dada la apertura y flexibilidad del modelo territorial, serían constitucionalmente admisibles Estatutos de Autonomía dotados de un contenido más amplio que el que resulta del mínimo necesario del art. 147.2 CE. Hasta el punto de que su delimitación sólo podría realizarse, desde esta jurisdicción, mediante la garantía de la observancia de ciertos límites. En el entendido de que constitucionalmente tienen igual cabida una concepción restringida del contenido material de los Estatutos (limitada al mínimo explícito) y un entendimiento más amplio, supuesto en el que el mínimo a garantizar por este Tribunal no es ya el que asegura la existencia, la identidad y las competencias de la Comunidad Autónoma, sino el que resulta, por un lado, de los límites que marcan la divisoria entre la Constitución y los poderes constituidos, y, por otro, de aquellos que permiten la eficacia regular del sistema en su conjunto...”

## **ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ESTATUTO DE GALICIA**

Pasando al análisis de nuestro Estatuto tenemos que recordar que la estructura formal del Estatuto de Galicia es la siguiente:

	Artículos
• <a href="#">Título Preliminar</a>	1 -8
• Título Primero. <a href="#">Del poder Gallego</a>	9 -26
Capítulo I. <a href="#">Del Parlamento</a>	10 -14
Capítulo II. <a href="#">De la Junta y de su Presidente</a>	15 -19
Capítulo III. <a href="#">De la Administración de Justicia en Galicia</a>	20 -26
• Título Segundo. <a href="#">De las competencias de Galicia</a>	27 -38

Capítulo I. <a href="#">De las competencias en general</a>	27 -36
Capítulo II. <a href="#">De Régimen Jurídico</a>	37 -38
• Título Tercero. <a href="#">De la Administración Pública gallega</a>	39 -41
• Título Cuarto. <a href="#">De la Economía y la Hacienda</a>	42 -55
• Título Quinto. <a href="#">De la Reforma</a>	56 -57
• <a href="#">Disposiciones Adicionales</a>	
• <a href="#">Disposiciones Transitorias</a>	

Simplificando y para efectos meramente expositivos, podemos decir que el título preliminar de nuestro Estatuto afirma el carácter de nacionalidad histórica de Galicia y la voluntad de constituir una comunidad autónoma para acceder al autogobierno. Igualmente destaca la defensa de la identidad de Galicia y de sus intereses y la promoción de la solidaridad de cuantos integran el pueblo gallego como fin de la nueva estructura política creada.

Se perfila el territorio de la comunidad autónoma estableciéndose una remisión legal a una ley del Parlamento para la organización territorial propia de Galicia (Esta fue la Ley 7/1996, del 10 de julio, de Desarrollo Comarcal. DOG nº. 142, 19-7-96). Además define la condición política de gallego de un modo que permite la participación de una parte importante de la ciudadanía de Galicia en el ser político autonómico, todos aquellos gallegos que viven en la emigración y que encontrándose muy lejos de la Galicia territorial forman parte del pueblo gallego (Ley 4/1983, del 15 de junio, de reconocimiento de la galleguidad. DOG nº. 86, 16-7-83).

Una parte importante del contenido estatutario tiene que ver, como no podía ser de otro modo, con la afirmación del gallego como lengua propia de Galicia, su cooficialidad con el castellano y el derecho de todos los ciudadanos de Galicia de conocerlos y usarlos (Aspectos contenidos en la



básica Ley 3/1983, del 15 de junio, de Normalización Lingüística. DOG nº. 84, 14-7-83). En el mismo plano simbólico se establece la bandera, el escudo y el himno propios de Galicia (Ley 5/1984, del 29 de mayo, de símbolos de Galicia. DOG nº. 120, 23-6-84).

En el título primero del Estatuto se regula el poder gallego. Bajo esta firma se describen los órganos que ejercen las competencias específicas que la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la Ley Reguladora de la Xunta y de su Presidente les otorgan para desarrollar las funciones de autogobierno propias de la Comunidad Autónoma.

En primer lugar, se establece un Parlamento unicameral (Legislación del Parlamento de Galicia. BOPG nº. 150, del 1 de septiembre de 1983), que ejerce el poder legislativo de la Comunidad Autónoma. Sus miembros son elegidos (conforme a la Ley 8/1985, del 13 de agosto de Elecciones al Parlamento de Galicia, modificada por la Ley 12/2004, del 7 de diciembre) por un período de 4 años mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, siendo la circunscripción electoral la provincia (para los efectos de situación de los poderes autonómicos resultan de interés las Leyes 1/1982, del 24 de junio, de Fijación de la Sede de las Instituciones Autonómicas. DOG nº. 12, 24-7-82 y la Ley 4/2002, del 25 de junio, del Estatuto de la Capitalidad de la Ciudad de Santiago de Compostela DOG nº. 142, 24-7-2002).

Se complementa la regulación del capítulo del Estatuto dedicado a la Cámara gallega con la previsión, efectivizada en la práctica, del funcionamiento de un comisionado parlamentario para el control de la Administración y la tutela de los derechos fundamentales: el Valedor del Pueblo (desarrollado por la Ley Autonómica 6/1984, del 5 de junio, del Valedor del Pueblo. DOG nº. 135, 14-7-84). Hay que referir también la existencia de otro órgano estatutario dependiente de la Cámara y que realiza el control externo de las finanzas públicas autonómicas: el Consejo

de Cuentas de Galicia (cuya Ley institucional es la 6/1985, del 24 de junio: DOG nº. 130, 9-7-85).

El poder ejecutivo de Galicia se compone por la Xunta y su presidente. Este último dirige y coordina la acción del gobierno y ostenta la representación de la Comunidad Autónoma y la ordinaria del Estado en Galicia. Es elegido por el Parlamento entre sus miembros (Ley 1/1983, del 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su Presidencia. DOG nº. 23, 21-3-83).

La Administración de Justicia en Galicia culmina en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que tiene su sede en la ciudad de A Coruña, ante lo que se agotan las sucesivas instancias procesales, en los términos establecidos por el artículo 152 de la Constitución.

El abanico competencial del Estatuto es muy amplio, como corresponde a una nacionalidad histórica que desde un primero momento accedió al nivel competencial previsto en el artículo 149 de la Constitución. Conviene aquí dar cuenta de la existencia de un Título del texto autonómico dedicado a la Administración Pública gallega, en el que se perfilan también las líneas maestras de la organización territorial.

La actividad económica y financiera de la Comunidad autónoma aparece delimitada en el título IV del Estatuto que trata "De la Economía y la Hacienda", siendo particularmente importante en el funcionamiento autonómico la aprobación del Decreto legislativo 1/1999, del 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, que integra el desarrollo normativo fundamental de las cuestiones reguladas en este título del Estatuto.

Por último, los artículos 56 y 57 del Estatuto se dedican a la problemática de la reforma, estableciéndose, de modo paralelo al del texto constitucional, dos vías para la revisión, según las materias a las que afecte ésta.

## **LA REFORMA DEL ESTATUTO.**

La problemática de la reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia puede ser abordada desde varias perspectivas complementarias pero muy heterogéneas entre sí. No se harán aquí enfoques que pueden ser de gran interés como los estrictamente políticos, sociológicos o económicos, sino que se presentarán reflexiones de tipo jurídico cuando ya han transcurrido más de treinta años desde la promulgación de la máxima norma autonómica.

Como en su día apuntó PEDRO DE VEGA para el caso de la Constitución, tenemos que concluir que la mecánica de la reforma estatutaria debe cumplir varias funciones muy relevantes dentro del sistema jurídico-político.

En primer lugar la reforma del Estatuto de Galicia debe servir para que la realidad política regulada en su seno reciba un correcto tratamiento. Es indiscutible que la situación política de 1981 no tiene los mismos condicionantes ni vías de actuación que la que vivimos hoy en día y a cuyo objeto la reforma responde a las nuevas demandas de la sociedad gallega actual.

En segundo lugar, acudiendo el mecanismo previsto en el Título V de nuestro Estatuto de Autonomía se produce un cambio normativo sin quiebra de la continuidad jurídica. Se trata de una modificación que tiene legitimidad en el propio ordenamiento jurídico de Galicia y que encuentra en él sus límites y procedimientos de actuación. Modificar el Estatuto de Autonomía no supone destruirlo sino acomodarlo a la realidad histórica e insertarlo más adecuadamente en el sistema jurídico del Estado español.

Por último, la reforma del Estatuto es la vía fundamental de garantizar su primacía frente a la actuación de los poderes estatutarios. Puesto que solo mediante la reforma es posible modificar el contenido del Estatuto de Autonomía para Galicia, nunca podrán los poderes en él creados, Parlamento, Xunta y Presidente, intentar actuar competencias que están reservadas estatutariamente. Esta última reflexión tiene particular interés desde la perspectiva de las minorías que siempre estarán protegidas por el contenido de la norma respecto a la actuación de los poderes que son dominados por las mayorías políticas.

Cuando de reforma estatutaria se habla es preciso aportar una perspectiva práctica sobre lo proceso abierto en el sistema político español y autonómico sin limitar el tratamiento de las instituciones estatutarias a la redacción del texto de 1981, sino habida cuenta las otras variables que condicionan el programa político que un documento de carácter constitucional lleva ínsito.

En efecto, como es bien sabido, los textos jurídicos de carácter político tales como las Constituciones o los Estatutos de Autonomía traen tras de sí la actuación de operadores que condicionan y en ocasiones modifican sus propósitos iniciales. Resulta por eso obvio que un análisis de la redacción del Estatuto de Autonomía para Galicia para su avance y actualización precisa, de manera incuestionable, de la exégesis de la actuación en primer lugar del Tribunal Constitucional, que a través de sus sentencias ha delimitado la interpretación del alcance del Estatuto al amparo de la Constitución.

Además, es necesario dar cuenta de la actividad legislativa del Parlamento de Galicia como principal responsable del desarrollo normativo del Estatuto, y finalmente, de la ejecución llevada a cabo por la Xunta de Galicia en cuanto responsable fundamental de las políticas públicas autonómicas.

Todas estas circunstancias constituyen lo que la técnica constitucionalista denomina como “mutaciones constitucionales”, que en nuestro caso serían mutaciones estatutarias, esto es, cambios en el contenido del Estatuto de Autonomía operados por vía jurisprudencial, legislativa o reglamentaria, sin haberse instrumentado los mecanismos de la reforma previstos en el Título V de nuestro Estatuto.

El Tribunal Constitucional trató esta cuestión de los procedimientos de reforma en los Estatutos de Autonomía en su importantísima sentencia de junio de 2010 relativa al Estatuto de Cataluña en los siguientes términos:

“...Por lo demás, hay que señalar que el Presidente de cada una de las Comunidades Autónomas (que es nombrado por el Rey, art. 152.1 CE) eres, por declaración constitucional (en el mismo art. 152.1 CE), el representante común del Estado en la Comunidad Autónoma y que en el acto de convocatoria del referéndum de reforma estatutaria que ahora examinamos actúa en calidad de tal, dado que dicho acto, a diferencia del de iniciativa de la reforma, en el eres de naturaleza exclusivamente autonómica, sino de naturaleza estatal, al insertarse en la fase última lo definitiva de adopción de una norma del Estado cuyo texto ya ha recibido la aprobación de las Cortes Generales [art. 222.1 d) EAC, como así también sucede en el art. 223.1 i) EAC]. Por ello, al convocar, lo hace, en el en representación de la Comunidad Autónoma (art. 152.1 CE), sino en representación de él Estado (en su otra cualidad institucional, según el mismo art. 152.1 CE), lo que significa, más específicamente aún, en nombre del órgano estatal, el Rey, que tiene atribuida de modo general [art. 62 c) CE] dicha función. De ahí que el art. 62 c) CE no suponga obstáculo para que el Presidente de la Comunidad Autónoma convoque el referéndum de reforma estatutaria. Como tampoco hay obstáculo constitucional para que, estándole también atribuida al Rey la función general de promulgar las leyes [art. 62 la) CE], las autonómicas las

promulgue el Presidente de la respectiva Comunidad Autónoma en nombre del Rey. De ese modo han de ser entendidos los preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña que ahora estamos examinando.

En consecuencia, en razón a lo expuesto, ha de concluirse que la dicción del art. 62 c) CE no se opone a que los referenda de reforma estatutaria, una vez autorizados por el Estado, sean convocados por el Presidente de la respectiva Comunidad Autónoma siempre en nombre del Rey.

Interpretados en esos términos, los arts. 222.1 d) y 223.1 i) EAC no son contrarios a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo...”

Como apunté anteriormente, el Estatuto de Autonomía se configura de acuerdo con el 147 de la Constitución como la Ley superior de la Comunidad Autónoma. Este carácter atribuido por la Constitución adquiere en el caso gallego un reforzamiento fáctico innegable por tratarse de una ley sometida al referéndum positivo del pueblo gallego. Obviamente, las consecuencias que la rigidez estatutaria tiene derivan sus efectos tanto respecto de las leyes aprobadas por las Cortes Generales, como de las que pueda aprobar el Parlamento de Galicia como órgano creado por el propio Estatuto. Tomando en cuenta este perfil del Estatuto hay que subrayar su carácter muy especial como norma en la que se refleja el deseo de autonomía de Galicia y que recibe por otra parte la protección de todos los órganos del Estado al integrarse dentro de su ordenamiento jurídico.

Si las reformas legislativas siempre deben responder a reflexivos estudios de oportunidad, el Estatuto de Autonomía muy especialmente solo debe ser reformado cuando exista un consenso dominante sobre la oportunidad de hacerlo y el contenido que debe ser mudado. Por estas ideas, nuestro texto estatutario consagra unas vías de cambio con ciertas garantías que se apartan de la simple reforma normativa de cualquiera otra ley ordinaria.

La que segundo hemos apuntado se configura como naturaleza semejante a la constitucional de los estatutos, no deben traer consigo la idea de su

imposibilidad de cambio. Las ideas que PEDRO DE VEGA en su momento apuntó como motivos últimos de la regulación de la reforma constitucional, son perfectamente transponibles al caso del Estatuto de Autonomía que, por su función política e institucional podrá en cada momento necesitar de adaptaciones a la sociedad para la que fue aprobado.

El tratamiento de la reforma estatutaria dio lugar a debates en el procedimiento de su elaboración, debates que ya existieron en su momento con motivo de la regulación del precedente Estatuto de Autonomía de la II República. En el artículo 33 de aquel texto estatutario se reglamentaba la reforma, distinguiendo que esta afectara a la Constitución de 1931 y a las relaciones con el Estado o no afectara a tales ámbitos. Este punto de partida es lo que hoy en día asume el Estatuto de 1981. En el supuesto de que la reforma entrara en materias constitucionales o de relaciones con la Administración Central, el Estatuto de 1936 establecía que debía llevarse a cabo por el Parlamento de Galicia y ser sometida posteriormente a referéndum.

En el caso de la reforma no se había encuadrado en el primero de los supuestos descritos, el procedimiento variaba según la iniciativa hubiese partido de Galicia o del Estado, estableciéndose para esto distintas fases, si bien el referéndum final era inexcusable.

El antecedente del Tribunal Constitucional español actual, que en la Constitución republicana se denominaba Tribunal de Garantías Constitucionales, era competente para determinar una eventual disputa entre el Estado y Galicia en relación con el tipo de reforma que se suscitase, aspecto este que en la actualidad queda dentro del ámbito estrictamente parlamentario.

En lo tocante a la evolución reciente en el proceso de elaboración del Estatuto de 1981, hay que subrayar que el documento más destacado

constituido por el Estatuto de los 16 contemplaba un único procedimiento para la reforma, estableciendo además una cláusula de intangibilidad, esto es, la limitación de la reforma estatutaria en relación con ciertas materias, en concreto con aquellas que pudieran suponer una discriminación de la capacidad y competencia de autogobierno de Galicia o de los derechos o deberes fundamentales de los ciudadanos gallegos.

Respeto del procedimiento, el Proyecto de los 16 preveía la aprobación por dos tercios en primera votación y mayoría absoluta en segunda por parte del Parlamento, y posterior referéndum popular. Obviamente, en un momento final las Cortes Generales serían quien aprobase la reforma mediante Ley Orgánica. Singularidad destacada es la previsión de que la reforma estatutaria pudiera provenir de una iniciativa popular, aspecto este que transmite una sensibilidad con este instrumento de democracia directa muy cercana a iniciativas recientes en el ámbito europeo (Reglamento 211/2011 del Parlamento europeo y del Consejo del 16 de febrero, sobre iniciativa ciudadana).

La iniciativa popular para la tramitación de la reforma también aparecía en el texto del anteproyecto del Estatuto de la asamblea de parlamentarios, aunque posteriormente en el dictamen de la comisión constitucional del Congreso desaparece y se les atribuye la iniciativa a las Cortes Generales, describiendo que en la reforma de los estatutos en las nacionalidades históricas y en los estatutos de otras comunidades autónomas se seguiría ese trámite.

La reforma estatutaria prevista en el Título V del texto gallego se identifica fundamentalmente con las normas previstas en los artículos 46 y 47 del Estatuto para el País Vasco. De este modo, existe una doble vía ordinaria y extraordinaria en común en ambos textos estatutarios, pudiendo eso sí, subrayarse, que en el caso gallego la mayoría parlamentaria exigida es de los dos tercios de los diputados, mientras que en el País vasco solo se exige



la mayoría absoluta. Esta diferencia en el quórum resultó clave en la VII Legislatura del Parlamento gallego para la imposibilidad procedimental de llevar a cabo la reforma. Además, también el Estatuto gallego es más renuente a la reforma cuando establece que la falta de aprobación parlamentaria o la no confirmación por referéndum impedirá que la propuesta de reforma sea nuevamente sometida a debate y votación de la Cámara, mientras no transcurra un año.

El Estatuto de Autonomía para Galicia regula, en sus artículos 56 y 57, el procedimiento de reforma, dedicando respectivamente el primero de estos artículos al procedimiento que se puede llamar ordinario y el segundo al procedimiento especial.

#### **Art. 56:**

1. La reforma del Estatuto se ajustará al siguiente procedimiento:

- □ la iniciativa de reforma le corresponderá a la Junta, al Parlamento gallego, a propuesta de una quinta parte de sus miembros, o a las CCGG

- □ la propuesta de reforma requerirá, en todo caso:

- la aprobación del Parlamento gallego por mayoría de dos tercios,
- la aprobación de las CCGG mediante Ley Orgánica,
- el referéndum positivo de los electores

2. Si la propuesta de reforma no es aprobada por el Parlamento gallego o por las CCGG o no es confirmada mediante referéndum por el Cuerpo electoral, no podrá ser sometida nuevamente a debate y votación del Parlamento hasta que haya transcurrido un año.
3. La aprobación de la reforma por las CCGG, mediante Ley Orgánica, incluirá la autorización del Estado para que la CCAA gallega convoque

el referéndum a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 de este artículo.

**Art. 57:**

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la reforma tuviera por objeto la simple alteración de la organización de los poderes de la CA y no afectara a las relaciones de las CCAA con el Estado, se podrá proceder de la siguiente manera:

- a) elaboración del proyecto de reforma por el Parlamento de Galicia
- b) consulta a las CCGG
- c) si en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la consulta prevista en el apartado precedente, las CCGG no se declarasen afectadas por la reforma, se convocará, debidamente autorizado, un referéndum sobre el texto propuesto
- d) se requerirá finalmente la aprobación de las CCGG mediante Ley Orgánica.
- e) si en el plazo señalado en la letra c) las Cortes se declarasen afectadas por la reforma, ésta habrá de seguir el procedimiento previsto en el art. anterior, dándose por cumplidos los trámites del apartado a) del nº1 del mencionado artículo.

La coincidencia en la redacción de los artículos 56 a 57 del Estatuto de Galicia es mucho mayor con los preceptos que regulaban esta cuestión en los estatutos de Cataluña y Andalucía en su redacción anterior que en la actual.

En todo caso, hay que señalar que el procedimiento gallego establece muchas reservas en relación a la posible reforma, tanto respecto de las iniciativas nacidas en la Comunidad Autónoma, como aquellas que provienen del Estado. Este dato va a resultar llamativo en relación con el

análisis de las regulaciones estatutarias de las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía gradual previstas en el artículo 143 de la Constitución. De este modo, en estas comunidades se permite en algunos casos la participación de los municipios en el proceso de iniciativa o cuando menos en el momento posterior para audiencia. Este aspecto en el caso gallego fue tenido en cuenta por la vía fáctica cuándo en la Comisión de estudio para la reforma del Estatuto creada en la VII Legislatura se procedió a dar audiencia a un amplio número de entidades afectadas, también de carácter territorial.

Por otra parte, los estatutos de vía lenta establecen también una mayoría cualificada cuando la reforma supone la asunción de nuevas competencias, de tal manera que simplemente con mayoría absoluta se hace posible la ampliación competencial.

Finalmente, hay que reseñar una especialidad inexistente en el caso gallego y que se constataba en el procedimiento del anterior estatuto valenciano consistente en que en el supuesto de que las Cortes Generales no aprobaran la propuesta de reforma, la devolución del texto al Parlamento valenciano se haría para una deliberación, dándose cuenta en el mensaje motivado de los aspectos que habían ocasionado su rechazo y proponiendo soluciones alternativas.

Como se puede observar, la variedad de regulación autonómica es manifiesta y evidencia que el contenido de los procedimientos establecidos en el Estatuto para Galicia limita tremendamente la posibilidad de la reforma, incidiendo una vez más en la idea del consenso, ya no solo dentro de la autonomía, sino con las propias mayorías parlamentarias en las Cortes Generales.

El Procedimiento Ordinario está previsto en el art. 56 EAG. Regula este precepto varias cuestiones básicas del procedimiento:

- iniciativa que es triple: Xunta, Parlamento (quinta parte de sus miembros) o Cortes Generales
- aprobación de la propuesta de reforma por el Parlamento de Galicia (mayoría de dos tercios), por las Cortes Generales (mediante Ley Orgánica) y por referéndum positivo de los electores.
- la aprobación de la reforma por las CCGG incluye la autorización para que la CA de Galicia convoque el preceptivo referéndum.

El precepto incluye además la cautela de que, en el caso de fracaso de cualquiera de las tres preceptivas aprobaciones, la propuesta de reforma quedará paralizada por lo menos durante un año.

Es necesario precisar algunos aspectos previstos en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía de Galicia para delimitar su concreto alcance.

En primer lugar hay que decir que el procedimiento ordinario establecido en el citado artículo debe ser entendido como un canal supletorio y aplicable, por lo tanto, de manera genérica, a cualquier reforma estatutaria con el único límite de las materias previstas en el artículo 57 del Estatuto.

En coherencia a aquellos cambios en la redacción que impliquen simplemente la organización de poderes de nuestra comunidad y que no afecten a las relaciones con el Estado, encontrarán su correcto encaje en el canal del artículo 56 del Estatuto. Una parte importante de la doctrina autonómica entiende que el procedimiento previsto en el artículo 56 resulta de aplicación a todo el Estatuto de Autonomía, incluso a materias previstas en su Título I que afectan a la configuración del Parlamento unicameral, la designación del presidente de entre los parlamentarios y su posibilidad de

cese por la Cámara o a la configuración electoral provincial de las elecciones al Parlamento.

Por otra parte, y en relación al procedimiento de reforma se ha criticado la atribución de la iniciativa a las Cortes Generales en una concepción tan autonomista como la que diseña la Constitución Española de 1978. Esa legitimación del Parlamento español se presenta como incoherente tanto desde la perspectiva de una reforma estatutaria autonomista para la que parece más idónea que la iniciativa provenga del Gobierno o del Parlamento de Galicia, como para cualquier intento de recentralización política que pretenda limitar las competencias autonómicas. Una vez más la llamada al necesario consenso, ya no solo entre fuerzas políticas sino también entre instituciones representativas territoriales y nacionales, resulta imprescindible cuando de reforma estatutaria hablamos.

Particulares problemas suscita la necesidad de aprobación mediante referéndum de la reforma del Estatuto, ya que esta cuestión está tratada en la Ley Orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum. Después de la experiencia en la elaboración del Estatuto de Autonomía para Andalucía, resulta peligroso, desde una perspectiva de su aplicación práctica, el requisito legal de que la mayoría de votos afirmativos válidamente emitidos deba contrastarse en cada provincia, y no en la globalidad de la comunidad autónoma. Baste para ello comprobar la solución que en su momento se dio en el caso andaluz y las críticas doctrinales que trajo consigo.

El procedimiento menos rígido y más expeditivo previsto en el artículo 57 del Estatuto de Autonomía para Galicia sería de utilización en los casos en los que no existieran interferencias de los poderes centrales para conseguir las reformas estatutarias de carácter propio y no relacionadas con ámbitos estatales conflictivos. Este procedimiento suscita problemas interpretativos a la hora de delimitar que aspectos de la modificación del Estatuto afectan

o no a las relaciones con el Estado. Un criterio lógico es considerar que el Parlamento español como depositario de la soberanía nacional es capaz de interpretar el interés general a la hora de valorar si el canal elegido es el correcto, a sabiendas de que su decisión tendrá un carácter fundamentalmente político, quedando para el Tribunal Constitucional la decisión estrictamente jurídica en el caso de suscitarse conflictividad constitucional al respecto.

El texto del Estatuto permaneció inmodificado hasta hoy en día constando de un título preliminar y 5 títulos que contienen 57 artículos, 4 disposiciones adicionales y 7 disposiciones transitorias.

Tan solo cabe citar por la existencia de una previsión estatutaria para el efecto, la [Ley 18/2002](#), de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. En este sentido se modifica el contenido del apartado 1 de la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía para Galicia con el objeto de especificar los tributos que se ceden a esta Comunidad Autónoma, sin que esta modificación tenga según la disposición citada, la consideración de reforma estatutaria.

Durante el año 2006 comenzó el proceso de estudio de la reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia mediante la solicitud, el 27 de febrero, de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialistas de Galicia y del Bloque Nacionalista Galego, canalizada a través de sus respectivos Portavoces, de creación de una comisión de composición proporcional bajo la denominación de Comisión de estudio de la reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia. Simultáneamente, por el mismo escrito, se solicitaba la creación en el seno de dicha Comisión de una Ponencia conjunta paritaria para elaborar una proposición de ley de modificación de dicho Estatuto, compuesta por tres miembros titulares y un suplente por cada grupo parlamentario.

Seguidamente, el 3 de abril de 2006, se dictaron las normas de funcionamiento de la Comisión de Estudio de la Reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia. El 7 de abril de 2006, la mencionada Comisión aprobó su plan de trabajo, incluyendo en este: relación de comparecientes, así como los criterios de programación, organización y desarrollo de las comparecencias.

Se produjeron desencuentros pero existía voluntad de diálogo y la reforma del Estatuto estaba encaminada, tal como declaraba el Presidente de la Xunta el 16 de noviembre de 2006, tras una reunión con los líderes de los partidos políticos, quienes habían decidido agilizar los trabajos y habían puesto el mes de enero de 2007 como tope para sellar un acuerdo político básico. Tanto es así que la Ponencia para la reforma del Estatuto de Autonomía se reunió de nuevo el día 11 de enero de 2007, y, al parecer, si el pacto no llegaba con las primeras semanas del año, la Comisión interrumpiría los trabajos que no se continuarían hasta después de las elecciones municipales de mayo de 2007. En la legislatura iniciada en 2009 no se han retomado los trabajos de reforma.

Xosé Antón Sarmiento Méndez  
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OTRAS DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA

- Máiz Suárez, R.

*As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia* / Ramón Maíz, Xosé A. Portero.--[Santiago de Compostela]: Parlamento de Galicia, D.L. 1988.

- Sarmiento Méndez, X. A.

*Dereito parlamentario de Galicia* / Xosé Antón Sarmiento Méndez.--[Vigo]: Edicións Xerais de Galicia, [2001].

- Sarmiento Méndez, X. A.

*O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais* / Xosé Antón Sarmiento Méndez.--Vigo: Edicións Xerais de Galicia, [2003].

- Teixeira Piñeiro, Anxo

*O Parlamento de Galicia* / Anxo Teixeira Piñeiro.--Vigo: Ir Indo, D.L. 1988.

- Meilán Gil, J. L. - con Rodríguez-Arana Muñoz, J.-

*O Dereito estatutario galego*, Ed. Parlamento de Galicia, A Coruña, 1988



## **2. BASES FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMÍA GALLEGA. EL TERRITORIO. LOS SÍMBOLOS. LA LENGUA Y LA CULTURA GALLEGAS. EL RECONOCIMIENTO DE LA GALLEGUIDAD. LA CONDICIÓN DE GALLEGO. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS: GARANTÍAS. LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS.**

## **TEMA 2**

**BASES FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMÍA GALLEGA: EL TERRITORIO. LOS SÍMBOLOS. LA LENGUA Y CULTURA GALLEGAS. EL RECONOCIMIENTO DE LA GALLEGUIDAD. LA CONDICIÓN DE GALLEGO. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS: GARANTÍAS. LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS.**

### **BASES FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMÍA GALLEGA: EL TERRITORIO**

Considerando el territorio como ámbito de validez en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, señala CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, es necesario plantearse a continuación la cuestión de si de ello ha de derivarse forzosamente la imposibilidad de todo efecto extraterritorial de las decisiones de aquellas. O lo que es lo mismo: si el territorio constituye un límite absoluto o infranqueable en el ejercicio de las competencias autonómicas que impide todo efecto extraterritorial y que, de darse este, justificaría la competencia estatal.

Al igual que otros Estatutos de Autonomía, el Estatuto gallego consagró expresamente el principio de territorialidad de las competencias autonómicas. En el apartado primero del artículo 37 se determina taxativamente que “las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia se entienden referidas a su territorio”. Todas las normas atributivas de competencia a la Comunidad Autónoma conllevan siempre esta limitación territorial; como dijo el Tribunal Constitucional (sentencia 88/1989, de 11 de mayo) “la conexión territorial de las competencias se incorpora a cada norma atributiva contenida en el Estatuto; atribución competencial que, por lo demás, en muchos casos, viene también efectuada en base al criterio del territorio”.

Cabría preguntarse, siguiendo al egregio profesor compostelano citado, pues si impide esta conexión territorial de las competencias toda producción de efectos extraterritorial en el ejercicio de las mismas.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, resumió acertadamente las razones de la extraterritorialidad de los efectos de las decisiones autonómicas observando que:

- Esta limitación de la eficacia de las normas y actos no puede significar en modo alguno, que le esté vedado por ello a sus órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional.
- La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudiesen originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda la capacidad de actuación.

En suma, pues, y por las razones tan bien resumidas por nuestro Tribunal Constitucional, el territorio no se nos aparece, como ya indicaba antes, como un límite absoluto al ejercicio de las competencias autonómicas sino que estas pueden desplegar en muchos casos una serie de efectos extraterritoriales, o si se quiere, “consecuencias de hecho”, por utilizar la misma expresión de la Sentencia citada. El territorio sí es en opinión de PRECEDO CONTENTO, un plano imprescindible de actuación para la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos de Galicia.

Por su parte el Artículo 2 del Estatuto de Autonomía para Galicia dispone:

*“1. El territorio de Galicia es el comprendido en las actuales provincias de A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra.*

*2. La organización territorial tendrá en cuenta la distribución de la población gallega y sus formas tradicionales de convivencia y asentamiento.*

*3. Una Ley del Parlamento regulará la organización territorial propia de Galicia, de acuerdo con el presente Estatuto”.*

En relación con este precepto resulta de interés a STC 214/1989, del 21 de diciembre, por la que el Tribunal Constitucional estudia los recursos de inconstitucionalidad interpuestos entre otros por el Parlamento de Galicia y la Xunta de Galicia, en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, del 2 de abril, de Bases del Régimen Local, pues como en su día apuntó BÉRTOLO CADENAS, el ámbito territorial local es uno de los que más influencia constitucional tuvo y respecto de los que más novedades legislativas cabría esperar.

La citada sentencia afirma que la cuestión formulada por el Parlamento y la Xunta de Galicia en relación al párrafo 2º del artículo 42 exige tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 2.1 y 3, 27.2 y 40 EAG, la comarca no se configura como una entidad necesariamente integrante de la organización territorial de la Comunidad Autónoma. Este hecho, a diferencia de la opción por la que se decantaron otros Estatutos (tal es el caso de Cataluña: arts. 2, 5.1 y 3 EAC), lleva consigo un efecto fundamental, consistente en que la regulación y constitución de la comarca en Galicia no puede considerarse como resultante de la potestad de autoorganización de la propia Comunidad Autónoma.

Por el contrario, consecuencia de la competencia legislativa que sobre el régimen local asumió estatutariamente, lo que sitúa la cuestión en una

perspectiva singular en cuanto a la eficacia vinculante que la LRBRL pueda desplegar. El EAG optó, en efecto, por reconducir la competencia legislativa autonómica, en relación al hecho comarcal, al desarrollo de las bases legislativas estatales, dados los términos de su artículo 40.1, que, como ya se señaló, expresamente remite al artículo 27.2 de la misma norma estatutaria.

El Tribunal Constitucional concluye: "... En consecuencia, las comarcas no aparecen dotadas de ninguna garantía estatutaria, al no ser sino entes contingentes en función de la decisión que adopte el legislador autonómico, el cual, si bien podrá disponer sobre la constitución y creación de tales entes, deberá hacerlo, en todo caso, con sujeción a las exigencias determinadas por la legislación básica estatal. Legislación básica estatal a la que el propio Estatuto apela expresamente, razón por la cual, en sí mismo considerado, el artículo 42.2 LRBRL que se impugna, no puede considerarse que invada o vulnere las competencias autonómicas en la materia.

Es cierto que con lo expuesto no queda agotada la cuestión, ya que pudiera suceder que, por su contenido, el artículo 42.2 LRBRL desbordara el concepto mismo de "bases", incurriendo así en una extralimitación competencial determinante de su inaplicabilidad directa en el ámbito territorial de la CA Galicia. No obstante, no resulta apreciable ese hipotético exceso en la norma básica estatal dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE, dado que la posibilidad de que la voluntad municipal pueda llegar a impedir la constitución de una determinada comarca se proyecta en la creación de un ente que, como vimos, ni es elemento necesario de la organización territorial de la Comunidad Autónoma, ni disfruta, por ello, de garantía estatutaria ninguna. "

CARBALLEIRA RIVERA ha llamado la atención sobre las necesidades de coordinación de las administraciones públicas existentes en Galicia para

una correcta gestión territorial, cuestión que autores como FERREIRA FERNÁNDEZ también entienden decisiva para la pertinente toma en cuenta del papel de la comarca del entramado administrativo gallego.

## **LOS SÍMBOLOS**

Bandera, himno y escudo son símbolos caracterizados de la unidad política de referencia, y en tal sentido, según VILLAS NOGUEIRA, postulan normalmente un régimen jurídico que asegure su protección y su uso.

El Artículo 6 de nuestro Estatuto prevé:

*"1. La bandera de Galicia es blanca con una banda diagonal de color azul que la atraviesa desde el ángulo superior izquierdo hasta el inferior derecho.*

*2. Galicia tiene himno y escudo propios."*

Están regulados por la Ley 5/1984, del 29 de mayo, de Símbolos de Galicia, aprobada por el Parlamento de Galicia el 23 de junio de 1984. Conforme a lo que establece el preámbulo, esta ley parte de considerar que los tres símbolos de Galicia fueron asumidos como suyos por el pueblo gallego y no hace, por lo tanto, más precisiones que:

- Fijar las estrictamente imprescindibles para un uso correcto de la bandera
- establecer definitivamente la composición del escudo
- darle carácter oficial a la letra y a la música del himno, obra de Pondal y de Veiga, respectivamente.

*"La bandera, el escudo y el himno de Galicia simbolizan su identidad como nacionalidad histórica", determina el artículo primero de la ley.*

Con respecto a la **bandera**, la norma legal se limita a regular la oficial, esto es, la que va cargada con escudo, y a hacer las previsiones precisas en lo relativo a su uso y a sus precedencias.

La bandera de Galicia es blanca con una banda diagonal de color azul que la atraviesa desde el ángulo superior izquierdo al inferior derecho. La bandera deberá llevar cargado el escudo oficial en los edificios públicos y en los actos oficiales de la Comunidad Autónoma.

Según un informe emitido por la Real Academia de la Historia en 1931, se deduce que la bandera gallega "cuenta por lo menos cuatro siglos de existencia", si bien para poder citar un hecho concreto donde se haga patente su carácter de representación de una colectividad tenemos que remontarnos a la Guerra de la Independencia Española, siendo el emblema, en aquel caso, que portaba el Batallón Universitario de Santiago.

En cuanto al **escudo**, cuando si data por vez primera y con certeza es en el "Armorial Bergshanmar", cuya recopilación data de 1436, donde se recogen unos tres mil trescientos escudos pertenecientes a Estados y familias de casi toda Europa. Allí podemos ver "en el folio cuatro vuelto... copón bien estilizado y llenando lo más posible el campo del escudo". Arriba de la composición está escrita la palabra Galiscién (Galicia).

JOSEPH DE AVILÉS, en su "Ciencia heroica", lo definió así posteriormente: "El reyno de Galicia en España trae campo de azur sembrado de cruces recrucetadas y a pie, fijado de oro, y un copón el cáliz cubierto de lo mismo".

El escudo de Galicia trae, en campo de azur, un cáliz de oro sumado de una hostia de plata, y acompañado de siete cruces recortadas del mismo metal, tres a cada lado y una en el centro del jefe.

El timbre, corona real, cerrada, que es un círculo de oro, engastado de piedras preciosas, compuesto de ocho florones de hojas de acanto, visibles cinco, interpoladas de perlas y de cada una de sus hojas salen 5 diademas sumadas de perlas que convergen en un mundo azur, con el semimeridiano y el ecuador de oro, sumado de cruz de oro. La corona, forrada de gules, o rojo.

El escudo de Galicia deberá figurar:

- En las banderas a las que se refiere el artículo 5 de la ley.
- En las leyes de Galicia que promulgue, en nombre del Rey, el Presidente de la Xunta de Galicia.
- En las placas en las fachadas de los locales de la Administración autonómica.
- En los cuños en seco y de lacre de la Comunidad Autónoma.
- En los títulos acreditativos de condecoraciones gallegas.
- En las publicaciones oficiales.
- En los documentos, impresos, cuños y cabeceras de uso oficial de la Comunidad.
- En los diplomas y títulos.

La ley declara **himno** de Galicia la composición "Os Pinos", poema de EDUARDO PONDAL y música de PASCUAL VEIGA, y establece determinadas disposiciones para el uso correcto de la bandera en las diversas circunstancias. La bandera de Galicia se utiliza:



- juntamente con la de España,
- en todos los edificios públicos del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma
- en los actos oficiales que en ella se celebren.

En cuanto a las precedencias y uso de los símbolos oficiales, se establece que la bandera de Galicia, cuando concurra solamente con la bandera de España, se situará a su izquierda desde la presidencia si la hubiera, y a la derecha del observador. Cuando concurra además con banderas de diputaciones o cualquier otra corporación pública que utilice bandera propia, la de Galicia se situará a la derecha de la de España si el número es impar y a su izquierda si es par. Si concurre con otras banderas, estas no podrán ser de mayor tamaño que la de Galicia.

Resulta problemático que sea un artículo de la ley de símbolos de Galicia el que disponga la misma protección jurídica para los símbolos gallegos que el que las leyes estatales confieren a los símbolos del Estado “con aplicación de los mismos casos y supuestos que estas contemplan”. La protección penal, como sabemos, no puede ser otorgada mediante leyes autonómicas puesto que por la naturaleza de ley orgánica que se exige en el artículo 81 de la Constitución para aquellas que limiten derechos o libertades fundamentales, deberán ser las Cortes Generales las que dispongan la protección penal de los símbolos autonómicos. Esta doctrina vino a ser asentada, en el sentido de reforzar la seguridad jurídica, por la sentencia 118/1992 dictada por el Tribunal Constitucional el 16 de septiembre de ese año. En ella se declara la inconstitucionalidad del artículo 10 apartado 3.º de la Ley 39/1981 que presumía la publicidad en los ultrajes y ofensas a las banderas a los efectos de lo dispuesto en el antiguo artículo 123 del Código Penal. Hoy en día este problema está resuelto por la actual redacción del

nuevo Código Penal de 1995 (artículo 543) que tutela de manera igual los símbolos estatales y autonómicos en el ámbito sancionador.

Distinta protección es la contemplada por la disposición transitoria segunda de la Ley de Símbolos de Galicia en la que, sin perjuicio de admitir la necesidad de que los símbolos gallegos a la sazón existentes deban ajustarse a lo dispuesto en la ley en el plazo de un año, permite que se mantengan los escudos existentes en edificios declarados monumentos histórico-artísticos y en aquellos otros monumentos, edificios o construcciones de la que sean parte ornamental importante o si su estructura se pudiese dañar al separar los escudos. Esta disposición resulta de polémica aplicación cuando los escudos existentes pertenecen a regímenes políticos anteriores de carácter no democrático y figuran en edificios que tienen una significación simbólica relevante en la vida pública de Galicia (así en el caso de los palacios de justicia de ciertas ciudades y villas del país).

## **LA LENGUA Y CULTURA GALLEGAS**

La lengua gallega constituye el principal patrimonio cultural de nuestra Comunidad, como señal de identificación y diferenciación de Galicia. El [Estatuto de Autonomía](#), como recordó FILGUEIRA VALVERDE en el [artículo 5](#), la reconoce como lengua propia de los gallegos, y el artículo 4.1 de la Ley de Normalización lingüística declara el gallego como lengua oficial de la Administración Local.

El Artículo 5 del Estatuto de Galicia dice:

*"1. La lengua propia de Galicia es el gallego.*

*2. Los idiomas gallego y castellano son oficiales en Galicia y todos tienen el derecho de conocerlos y usarlos.*

*3. Los poderes públicos de Galicia garantizarán el uso normal y oficial de los dos idiomas y potenciarán la utilización del gallego en todos los órdenes de la vida pública, cultural e informativa, y dispondrán los medios necesarios para facilitar su conocimiento.*

*4. Nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua."*

El Decreto 79/2010, del 20 de mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia da cuenta en su exposición de motivos de la evolución normativa del desarrollo de la previsión del artículo 5 del Estatuto de Autonomía para Galicia.

La exposición citada describe que las lenguas constituyen un elemento básico de identidad cultural y representan un valor fundamental de cohesión de una comunidad. El artículo 3 de la Constitución española establece, en su punto 1º, que el castellano es la lengua oficial del Estado, y, en el punto 2º, que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus estatutos, y señala que la lengua es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección. Este punto de partida constitucional fue subrayado por GOMEZ-REINO Y CARNOTA para demandar la necesidad de una correcta definición jurídica al respeto.

El Estatuto de autonomía de Galicia, en su artículo 5, define el gallego como lengua propia de Galicia y dispone que los idiomas gallego y castellano sean oficiales en Galicia y que todos tengan el derecho de conocerlos y usarlos. Asimismo, establece que los poderes públicos de Galicia:

a. potenciarán el uso del gallego en todos los planos de la vida pública, cultural e informativa

b. dispondrán de los medios necesarios para facilitar su conocimiento.

La Ley 3/1983, del 15 de junio, de Normalización Lingüística, de conformidad con las disposiciones precedentes, garantiza la igualdad del gallego y del castellano como lenguas oficiales de Galicia y posibilita la incorporación de la lengua gallega a la Administración, a la enseñanza y a los medios de comunicación públicos, favoreciendo un cambio de tendencia en su consideración social y en la incorporación del idioma a nuevas esferas de la vida social. El artículo 14 de esta ley indica que al final de la enseñanza obligatoria se garantizará la igualdad de competencia lingüística en los dos idiomas oficiales. En esta misma línea, y desde una perspectiva más global, también se pronuncian la Carta europea de lenguas regionales y minoritarias de 1992, ratificada por el gobierno del Estado español en 2001, y el Plan general de normalización de la lengua gallega, aprobado por unanimidad en el Parlamento de Galicia en septiembre de 2004.

El Decreto 124/2007, del 28 de junio, en opinión del legislador de 2010, se orientó hacia la obtención de una competencia adecuada en lengua gallega en la enseñanza obligatoria, sin el establecimiento de un número o porcentaje mínimo de materias impartidas en lengua castellana, lo cual “podría llegar a cambiar el modelo de conjunción de lenguas desarrollado en Galicia desde el inicio de la autonomía y aceptado por todos los gallegos y gallegas”.

Habida cuenta lo anterior, el autor del decreto de 2010 entiende que es este el momento en el que hay que formular un nuevo marco normativo para la enseñanza no universitaria que:

a. regule la distribución de las lenguas vehiculares de las distintas materias de estudio

b. que tenga como objetivo el de garantizar la competencia plena y en igualdad en las dos lenguas oficiales y el de conseguir la adquisición de un conocimiento efectivo en las lengua(s) extranjera(s).

Además de la normativa citada se aprobó con un carácter más sectorial la Ley 5/1988 del 21 de junio del Uso del Gallego como Lengua Oficial de Galicia por las entidades locales cuyo contenido esencial es el siguiente.

En coherencia con los mandatos estatutarios y legales, la ley reconoce que es preciso impulsar la normalización lingüística en la Administración Local, y, para este efecto, la Xunta de Galicia, en el marco de su política de promoción de la normalización lingüística, debe colaborar en la medida de lo necesario con los esfuerzos de las Entidades Locales en orden al uso normalizado de la lengua gallega en su documentación oficial, sin perjuicio de emplear, además, la otra lengua oficial, si así lo decide, en este caso, la respectiva entidad.

La finalidad de la ley es la de establecer un criterio normativo impulsor del progresivo proceso de normalización del gallego en la Administración Local en la búsqueda de un clima social y político que multiplique los esfuerzos que se vienen realizando para la recuperación del uso normal de nuestra lengua.

La existencia del Consello da Cultura Galega viene determinada por el [artículo 32 del Estatuto de Galicia](#), y responde a los deberes y facultades que, para la defensa y promoción de los valores culturales del pueblo gallego, corresponden a la Comunidad Autónoma. La ley 8/1983 del 8 de julio procede a su regulación.

Como los órganos análogos de estados, comunidades y corporaciones ha de ser entendido cómo:

- un cuerpo asesor y consultivo,
- con capacidad de iniciativa, investigación y organización,
- dotado de personalidad jurídica y
- compuesto por miembros representativos de entidades de los diversos campos de la cultura y también por destacadas personalidades que contribuirán al desarrollo cultural de Galicia.

Las áreas de acción del Consello, como apuntó VILLAS NOGUEIRA, son muy variadas. La acción cultural alcanza a las múltiples facetas de la vida del hombre y de las sociedades. Por eso, las leyes de las naciones y los tratados y convenios defienden, a coro, el derecho de todos a ser partícipes del cultivo del espíritu, a asumir sus valores vigentes, a disfrutar, generación tras generación, de los bienes de la memoria histórica y del acervo de las creaciones, a recibir el beneficio del progreso de las ciencias y de sus aplicaciones y de la protección y defensa de cuanto les es propio en los campos de la lengua, de las letras y de las artes. Un patrimonio cultural tan fecundo como el que posee y caracteriza a nuestra nacionalidad y el programa, profundo y de amplios horizontes, que tiene que ser desarrollado por nuestra comunidad, requieren la formación de un órgano cualificado, tal como concibe el estatuto.

El Consello da Cultura Galega se crea en una etapa histórica en la que los poderes públicos, lejos de distanciarse de los problemas culturales y de desatenderlos, tienden a interesarse profundamente por ellos. Por suerte, los procesos de resurgimiento de las comunidades con personalidad histórica y su autonomía legislativa y política, son una forma de salvaguarda, liberación y protección cultural frente a las nivelaciones igualadoras y monopolizadoras de los poderes centralizados. En el caso de Galicia, gracias al estatuto y a las transferencias ya recibidas, la casi totalidad de la acción cultural puede ser abarcada por la Comunidad Autónoma.

El Consello que la ley crea busca valiosas colaboraciones para los órganos de la Comunidad para cumplimiento de fines y desarrollo de facultades, en los campos de la vida popular, en la fecunda eclosión de las instituciones y de los movimientos espontáneos y en el cultivo de todos los bienes del espíritu en los que se asienta nuestra identidad gallega.

Respecto de la protección del patrimonio cultural de Galicia hay que decir que los precedentes legislativos orientados a la protección y conservación del patrimonio histórico, al margen de sus profundas raíces que se hunden en el mundo romano y recorren en el tiempo un largo periplo, tienen sus huellas más recientes en la siempre meritoria y respetada Ley del 13 de mayo de 1933, fuente interminable cargada entonces de modernidad y a la que los planteamientos de los tiempos llamaron en seguida a un necesario relevo, impulsado sin duda por el nacimiento de la Constitución Española de 1978, que subraya con vehemencia el deber de proteger y difundir el patrimonio histórico al tiempo que consagra el Estado de las autonomías y la subsiguiente responsabilidad compartida en materia cultural.

Resultado de todo eso es la [Ley 16/1985, del 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español](#), heredera por lo tanto de la ya veterana normativa de 1933 y que, basándose en conceptos y criterios llenos de un fecundo aliento, inicia un nuevo camino. Ya poco antes, el Estatuto de Autonomía de Galicia de 1981 había permitido el acceso de los poderes públicos a la responsabilidad de conservar y acrecentar su patrimonio histórico, por lo que el paso de los años fue encargándose de proporcionar sólidos pilares sobre los que levantar una segura base que permita construir una ley hija de la experiencia y la madurez.

La Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia, del 30 de octubre, es la expresión jurídica necesaria a la especificidad que, como nacionalidad histórica, posee en materia cultural, forjada a través de los siglos y

precisada en la actualidad de preservación, conservación, actualización y difusión para su disfrute social.

Se pretende con la Ley adecuar a la realidad de Galicia y a sus necesidades específicas en materia de patrimonio cultural la normativa legal por la que se regirá la defensa, protección, conservación y sanciones contra las agresiones de diversa índole que este pueda sufrir. La Ley parte de un concepto amplio del patrimonio cultural de Galicia, que engloba:

- el patrimonio mueble,
- el patrimonio inmueble y el
- patrimonio inmaterial, ya sea de titularidad pública o personal,
- las manifestaciones de nuestra cultura tradicional y popular.

La Ley del Patrimonio Cultural de Galicia tiene como finalidad esencial proteger, conservar y difundir un legado que el tiempo irá acrecentando para transmitirlo al futuro. Así, tal como se desarrolla en el [título I](#), se crean tres categorías de bienes: Los declarados de interés cultural, los catalogados y los inventariados, definidoras de la incidencia que cada uno de estos tuvo en el patrimonio de Galicia.

En tanto los primeros representan el más destacable de los bienes muebles, inmuebles e inmateriales, los catalogados son aquellos que por su singularidad llegan a definir un territorio, y los bienes inventariados, dignos de ser conservados, pasan a integrar junto con los anteriores el Inventario general del patrimonio cultural de Galicia.

1. En lo relativo al régimen general de protección y conservación, establece tres grados diferentes, emanados de las tres categorías establecidas, incidiendo de una manera más notoria en los bienes de interés cultural. De este modo, los inmuebles, especialmente los



monumentos, se entienden integrados en un contexto que es su territorio, y no como elementos aislados, de la misma forma que los proyectos de intervención se conformarán con informes pluridisciplinarios dictados por profesionales de las distintas materias para garantizar la conservación del bien, al tiempo que se dotan de un contenido claro y específico los planes de los conjuntos históricos.

2. En relación con el patrimonio arqueológico, se especifican y definen las actividades arqueológicas y las responsabilidades de las intervenciones, de la misma forma que se hace hincapié en las actuaciones urgentes, autorizaciones y todo aquello que afecta, entre otros, a los conjuntos históricos y zonas arqueológicas.
3. Define específicamente el patrimonio etnográfico, e incide en la especial protección de los bienes inmateriales, así como en aquellos otros relacionados con la actividad industrial.
4. Respecto de los museos, ha de destacarse el nacimiento de la colección visitable como categoría diferenciada dentro del sistema gallego de museos, que también acoge una trama diversa entendida como red de museos. Con una organización similar, el patrimonio documental y archivos, ya en el [título VII](#), parte de su definición estableciendo la circulación y el ciclo vital de los documentos, siendo previamente el [título VI](#) lo que describe el amplio y complejo patrimonio bibliográfico.
5. Son elementos esenciales, dentro de las medidas de fomento que se desarrollan en el [título VIII](#) de la ley, la investigación, conservación, difusión, adquisición e inversión, así como los beneficios fiscales.

6. Se contempla el régimen sancionador, estableciendo tres clases de infracciones, así como las responsabilidades y los órganos competentes para hacerlas efectivas.

La Ley es también sensible al importante papel que han de jugar las corporaciones locales en materia de patrimonio cultural, por lo cual reconoce expresamente las competencias que en este sentido le determina la [Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local](#). En cuanto a la Iglesia católica, la presente Ley considera que es depositaria de una parte importante del patrimonio cultural de Galicia y en ese sentido considera una relación de contraprestación mutua para con las administraciones públicas gallegas, con el fin de garantizar la responsabilidad de su cuidado y la existencia de los medios necesarios para llevarlo a cabo.

## **EI RECONOCIMIENTO DE LA GALLEGUIDAD. LA CONDICIÓN DE GALLEGO**

COLORES TRASMONTE define a la condición política como un tipo jurídico establecido en los Estatutos de Autonomía aprobados al amparo de la Constitución española de 1978 por lo que se regula la vinculación del ciudadano de una Comunidad autónoma con su ordenamiento jurídico autonómico.

El Artículo 3 del Estatuto de autonomía para Galicia dispone:

*"1. A los efectos del presente Estatuto, disfrutan de la condición política de gallegos los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los Municipios de Galicia.*

*2. Como gallegos, disfrutan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan*

*tenido la última vecindad administrativa en Galicia y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado."*

DE FRUTOS ISABEL hizo hincapié en su día en subrayar que, en sentido jurídico, es gallego el ciudadano que vive en Galicia, entendiéndolo por vivir tener vecindad en ella.

Por su parte el Artículo 7 del Estatuto de Autonomía dice:

*"1. Las Comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de su galleguidad entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo gallego. Una Ley del Parlamento regulará sin perjuicio de las competencias del Estado el alcance y contenido de aquel reconocimiento a dichas Comunidades que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos.*

*2. La Comunidad Autónoma podrá solicitar del Estado español que para facilitar lo dispuesto anteriormente celebre los oportunos Tratados o convenios con los Estados donde existan dichas Comunidades."*

Como señaló PÉREZ GONZÁLEZ, este precepto está en la línea del reconocimiento de un derecho de perfil socio cultural, excluida toda implicación de derechos políticos.

Las Cortes Generales aprobaron la Ley 40/2006, 14 diciembre 2006 del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. El Estatuto se dicta al amparo del artículo 149.1.2ª de la Constitución Española de 1978 que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de emigración.

El Estatuto comprende cuatro títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El Título Preliminar determina el objeto y la finalidad del Estatuto. El Estatuto se configura como el marco jurídico que garantiza a la ciudadanía española residente en el exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en España. Además, el Estatuto tiene como finalidad delimitar las líneas básicas de la acción protectora del Estado dirigida a los españoles residentes en el exterior y fijar el marco de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en este sentido.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley considera la actual situación del movimiento migratorio y del retorno, superando el tradicional concepto de emigración recogido en la Ley 33/1971, del 21 de julio. Respecto de su contenido podemos subrayar los siguientes puntos, aplicables con carácter general al régimen jurídico de los gallegos en el exterior.

1. Relaciona una serie de objetivos encaminados a garantizar el ejercicio de los derechos y deberes de los españoles residentes en el exterior, en condiciones de igualdad con los residentes en España, atender y desarrollar actuaciones en materia de retorno y promover y fomentar el movimiento asociativo de los españoles en el exterior y la participación institucional en materia de emigración. Junto a eso se establecen los mecanismos más adecuados para la cooperación y coordinación de las Administraciones Públicas en este sentido.
2. Comprende una relación sistemática de derechos de los españoles que residen en el exterior, formulando, a su vez, medidas y mecanismos que hagan efectivo el ejercicio de los referidos derechos y su materialización en determinadas prestaciones. Ha de señalarse que los derechos y prestaciones que se mencionan estaban en

alguna medida establecidos, si bien su regulación se encontraba en normas dispersas y de rango inferior, por lo que con el presente Estatuto se pretende consolidar su ejercicio, dotándolos de una dimensión real y efectiva al elevarse el rango normativo que los ampara.

3. Recoge la política integral en materia de retorno. Ya en su enunciado el término integral revela la voluntad de unificar en el sentido de abarcar todos los aspectos relativos al retorno. Para eso se prevé un mecanismo específico: la Oficina Española del Retorno, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; esta oficina será la encargada de facilitar, orientar y asesorar a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de materializar su efectiva inserción social y laboral en España. Por otra parte, se apunta la necesidad de abordar las reformas normativas necesarias que promuevan y faciliten el acceso a los españoles retornados a determinadas prestaciones, y de adoptar medidas específicas de fomento del empleo dirigidas al colectivo de españoles retornados que decidan incorporarse a nuestro mercado de trabajo.
4. Contempla los mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación de las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas competentes en ese ámbito, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos y deberes que el Estatuto reconoce a los españoles residentes en el exterior y a los retornados a España, esta cooperación persigue la optimización de los recursos públicos en pro de una eficaz y eficiente utilización de todos los recursos. Para facilitar estos objetivos, se prevé la constitución de una Comisión en el ámbito del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la que formarán parte representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En otro orden de cuestiones, la disposición adicional primera crea el Portal de la Ciudadanía Española en el Exterior, como punto de información integral en Internet. Por otra parte, se recoge una disposición derogatoria única, que deroga expresamente la Ley 33/1971, General de Emigración, del 21 de julio, ampliamente alterada en sus fines y objetivos por la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y cuya vigencia, en muchos aspectos, es puramente testimonial.

## **LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS: GARANTÍAS**

El Artículo 4 del Estatuto gallego dispone:

*"1. Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los gallegos son los establecidos en la [Constitución](#).*

*2. Corresponde a los poderes públicos de Galicia promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los gallegos en la vida política, económica, cultural y social.*

*3. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma asumen, como uno de los principios rectores de su política social y económica, el derecho de los gallegos a vivir y trabajar en su propia tierra."*

Sobre estos principios y su alcance tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su relación con los "derechos de los gallegos y o reparto competencial Estado-Xunta de Galicia" con motivo de la STC 146/1986, del 25 de noviembre, por la que el Tribunal Constitucional estudia los conflictos de competencia promovidos por el Gobierno de Galicia contra el Gobierno del Estado que dictó las Resoluciones de 14 de

septiembre de 1983 y de 2 enero de 1985, por las que se convocan dotaciones económicas para la financiación de programas de acción social.

"...las partes del presente conflicto han centrado en buena parte la discusión en una contraposición entre "interés gallego" y el "interés general" (estatal); esta contraposición podría ser aceptable solo allí donde hubiera una eventual discrepancia de intereses, podría resultar una exigencia de equilibrar o sacrificar, en pro de la solidaridad, intereses más concretos en función de intereses más generales. Pero en una materia como la objeto de este conflicto, las medidas públicas de acción y protección social no pueden suponer colisiones de intereses, que siempre serán coincidentes; podrá haber problemas en el momento de la distribución interregional de los recursos, siempre escasos e insuficientes en este campo, pero no es esa la función que tratan de cumplir estas resoluciones.

Podrá haber discrepancias en la elección de objetivos y políticas, por la diversa orientación política que puedan asumir los gestores de una Comunidad Autónoma frente a los del Estado Central, pero, en este caso, al tratarse de competencias exclusivas, la dirección política de la Comunidad Autónoma es la que en principio debe estimarse prevalente, puesto que son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia para diseñar su propia política de Asistencia Social, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del artículo 149.3, en el artículo 150.3 o, en su caso, en el artículo 149.1, pero ninguno de ellos parece relevante en el presente caso, donde tampoco se trata de imponer determinados objetivos y políticas de Asistencia Social. De este modo el criterio del interés, gallego o estatal, carece de utilidad para resolver el presente conflicto".

La acción y protección social es un tema central en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Cap. III, Tít. I

CE), y las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades personales, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del artículo 41 CE, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado.

La sentencia 31/2010, del 28 de junio, referida al Estatuto de Autonomía de Cataluña, examina los llamados «derechos estatutarios». El Tribunal Constitucional considera que, más que de auténticos derechos subjetivos, se trata de directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Tales derechos no pueden afectar a los derechos fundamentales, a los que se subordinan, y resultan vinculantes, si es el caso, a través de las leyes que aprueban las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Los titulares de estos derechos son los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, entendiendo por tales los que tengan la vecindad administrativa en su territorio. El Tribunal considera garantías de estos derechos ajustadas a la Constitución el Consejo de Garantías Estatutarias y el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, en este último caso conforme a las leyes procesales del Estado. En cambio, no considera al Sindic de Greuges como institución exclusiva para la supervisión de la Administración autonómica y reitera la competencia del Defensor del Pueblo del art. 54 CE para supervisar también esta.

## **LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS. -**



Esta cuestión entra de lleno en el tema de los deberes constitucionales y el conocimiento del gallego, que fue objeto de profundos debates en nuestro Derecho.

La categoría de los deberes constitucionales es analizada por la doctrina constitucionalista española fundamentalmente en relación con aquellos mandatos que la Carta Magna prevé de colaborar al sustento de las cargas públicas y a la defensa del Estado. Me resulta llamativo que se olvide con suma facilidad la proclamación de la Constitución española en la que se establece el deber de conocer el castellano para todos los ciudadanos. Este deber contenido en el artículo 3.1 de la Constitución resulta concordante, según la opinión del Tribunal Constitucional, con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común para todos los españoles y además deriva de la presunción de conocimiento que tiene el español en cualquier caso, y con independencia de factores de residencia o vecindad.

El Tribunal Constitucional subrayó en su Sentencia 84/1986, del 26 de junio, por la que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 3/1983, de 15 de junio, del Parlamento de Galicia de Normalización Lingüística, que el hecho de no establecerse en la Constitución el deber de conocimiento para las lenguas autonómicas no puede considerarse discriminatorio, ya que, a su juicio, no se producirán respecto de las lenguas autonómicas los supuestos que dan su fundamento a la obligatoriedad del conocimiento del castellano.

Además, nuestro alto Tribunal entiende que la inexistencia de un deber constitucional del conocimiento del gallego no guarda relación alguna con otras competencias autonómicas como las que se refieren al derecho de los gallegos a conocer y usar la lengua propia (artículo 27.20 del Estatuto de Autonomía de Galicia) o el objetivo estatutario de garantizar su uso normal y oficial (artículo 5.3 EAG). Sin embargo la propia doctrina española

(PRIETO DE PEDRO) también reconoce indirectamente la debilidad de la regulación del artículo 3.1 de la Constitución e intenta proponer interpretaciones conciliadoras que chirrían con la letra del precepto constitucional.

La Ley de Normalización Lingüística contiene varios preceptos vacíos de contenido jurídico como aquel que dispone que los poderes públicos de Galicia adoptarán las medidas oportunas para que nadie sea discriminado por razón de lengua, y también el que prevé que los ciudadanos podrán dirigirse a los jueces y tribunales para obtener la protección judicial del derecho a emplear su lengua (artículo 3, apdos. 1 y 2 de la LNL). En uno y en otro caso se trata de mandatos que se encuentran en el campo propio de contenido de leyes orgánicas de competencia estatal o bien precisan de otras normativas instrumentales ajenas a los ámbitos normativos de la Comunidad gallega.

Por el contrario, la Ley de Normalización Lingüística dispone de una manera indirecta la oficialidad subsidiaria del castellano cuando en su artículo 4, después de proclamar el gallego como lengua propia de Galicia, de las instituciones de la Administración autonómica, local y demás entes públicos, concluye lacónicamente diciendo que «también lo es el castellano como lengua oficial del Estado».

Esta disparidad de ubicación de las lenguas provocó en su momento, como es conocido, la declaración de inconstitucionalidad del artículo de la ley autonómica que disponía la obligatoriedad de conocimiento del gallego. El Tribunal Constitucional entiende que el principio constitucional y estatutario de igualdad se predica de los ciudadanos, y no es discriminatorio respecto de ellos la existencia de un deber de conocimiento del castellano y la inexistencia del mismo deber respecto del gallego. En este orden de cosas, MARTÍNEZ SOSPEDRA entiende que la libre determinación personal no se agota en el sistema de derechos reconocidos

en la Constitución, y así, dentro de este ámbito hay que incluir a mi juicio la libertad lingüística y la imposibilidad de discriminación por esta causa.

El Tribunal Constitucional descarta la posibilidad de restringir el ámbito de deber del conocimiento del gallego al mundo de los valores, tal y como se demandó desde la defensa del texto legal hecha por el Parlamento de Galicia. Como puede comprobarse el Tribunal optó de manera radical por la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del precepto de la ley autonómica, cuando a mi juicio sería mucho menos traumático y respetuoso con su jurisprudencia que intenta evitar la expulsión del ordenamiento de los textos legales, dictar una sentencia interpretativa que le permitiese al Tribunal la reconducción del mandato sin sanción que contenía la Ley gallega.

Respecto del "deber" de conocer el gallego, la jurisprudencia del Tribunal es la siguiente, recogida entre otras en la STC del 26 de junio de 1986 por la que el Tribunal Constitucional acuerda estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 3/1983, de 15 de junio, del Parlamento de Galicia, de Normalización Lingüística.

"...Ahora bien, tal deber no viene impuesto por la Constitución y no es inherente a la cooficialidad de la lengua gallega. El artículo 3.1 CE establece un deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los españoles, y cuyo conocimiento puede presumirse en cualquier caso, independientemente de factores de residencia o vecindad. No sucede, no obstante, lo mismo con las otras lenguas españolas cooficiales en los ámbitos de las respectivas Comunidades Autónomas, pues el citado artículo no establece para ellas ese deber, sin que eso pueda considerarse discriminatorio, al no darse respecto de las lenguas cooficiales los

supuestos antes señalados que dan su fundamento a la obligatoriedad del conocimiento del castellano.

La inexistencia de un deber constitucional de conocimiento del gallego, nada tiene que ver con las previsiones del Estatuto de Autonomía de Galicia (respecto del derecho de los gallegos a conocer y usar la lengua propia de su Comunidad (artículo 27.20), con el fin de garantizar su "uso normal y oficial" (artículo 5.3); pues el deber de conocimiento del gallego no es un simple instrumento para el cumplimiento de los correspondientes deberes y el ejercicio de las mencionadas competencias, como alega el representante de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de la cual la acción pública que en tal sentido se realice pueda tener como finalidad asegurar el conocimiento de ese idioma por los ciudadanos de Galicia.

En cuanto a la argumentación en defensa del precepto impugnado fundada en la igualdad de las dos lenguas oficiales en el territorio de Galicia, pasa por alto que el principio constitucional y estatutario de igualdad se predica de los ciudadanos, y no es discriminatorio respecto de estos, como vimos antes, la existencia de un deber de conocimiento del castellano y la inexistencia de este deber respecto del gallego.

Alega ciertamente el representante del Parlamento de Galicia, que el deber de conocer el gallego establecido por el impugnado apartado "carece de exigibilidad coercitiva", está "referido al mundo de los valores", y "tendrá, pues, que interpretarse como imperativo ético que, jurídicamente, no es exigible y se traduce en un deber social de los gallegos como colectividad, dirigido más bien a los poderes públicos autonómicos". Ahora bien, tal sentido y su interpretación no se desprenden del texto del apartado en cuestión, y no resulta tampoco, por amplio que sea el margen de la facultad interpretativa de este Tribunal, del contexto de los artículos invocados. "

Otro principio básico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el de que la ley estatal no configura el gallego como “lengua oficial residual” o de “segundo grado”, y así lo recoge en la STC 56/1990, del 29 de marzo, por la que el Tribunal Constitucional estudia los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos entre otros, por la Xunta de Galicia frente a determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial.

"...Queda por analizar si existe o no una vulneración del marco material definido por el bloque de constitucionalidad en materia lingüística por parte del precepto citado. A este respecto el único reproche realizado es lo de considerar la lengua propia de la Comunidad Autónoma como lengua "oficial residual" o de “segundo grado”. No obstante, y siguiendo de nuevo con la doctrina sentada en las resoluciones previamente citadas, y en concreto en la primera de ellas, no existe vulneración del bloque de la constitucionalidad en materia lingüística. El carácter de lengua oficial de ámbito general del castellano y el deber que todos los españoles tienen de conocerlo y el derecho de usarlo (artículo 3.1 CE) hace que esta sea la lengua generalmente usada en el ámbito de la Administración de Justicia, lo que viene a ser reconocido por el artículo 231.1 LOPJ. Ahora bien, frente a esa generalidad existen Comunidades Autónomas con estatuto de cooficialidad lingüística, estatuto que se traduce, entre otras cosas, en el derecho a usar la lengua propia de la Comunidad en el seno y ante las Administraciones Públicas, lo que para la Administración de Justicia se reconoce en los aps. 2 y 3 LOPJ. Eso supone, pues, en principio una posición de igualdad de las dos lenguas oficiales en el seno de las correspondientes Comunidades Autónomas. El hecho de que se prevea, por un lado, el deber del uso del castellano para los miembros del Poder Judicial y para el personal al servicio de la Administración de Justicia a petición de alguna de las partes (ap. 2) y la necesidad de traducir en determinados supuestos actuaciones y documentos (ap. 4) es plenamente coherente con la cooficialidad lingüística, tal y como está diseñada por el bloque de la

constitucionalidad. Eso porque el derecho a no sufrir indefensión del que disfruta todo ciudadano según lo previsto por el artículo 24 CE se supedita al deber de conocimiento del castellano (artículo 3.1 CE), deber que no existe respecto del resto de las lenguas españolas.

Más recientemente se perfiló esta doctrina en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, del 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña en la que se afirman los siguientes puntos esenciales: de un lado, la condición del catalán como lengua propia de Cataluña con las consecuencias que a eso supedita el artículo 6.1 EAC; de otro, el deber de conocimiento del catalán establecido en el artículo 6.2 EAC.

Respeto del primero el Tribunal afirma que:

"...El artículo 6.1 EAC, además de la "lengua de uso normal", declara que el catalán como lengua propia de Cataluña es también la lengua de uso "preferente" de las Administraciones Públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña. La diferencia de la noción de "normalidad", el concepto de "preferencia", por su propio tenor, trasciende la mera descripción de una realidad lingüística e implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado. La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña, sin perjuicio, claro está, de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, si es el caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las

lenguas oficiales respecto de la otra, enmendando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas hubiera podido tener. No admitiendo, por lo tanto, el inciso " y preferente" del artículo 6.1 EAC una interpretación conforme con la Constitución, ha de ser declarado inconstitucional y nulo... "

En lo tocante al deber de conocimiento nuestro más alto intérprete opina que:

"...El artículo 6.2 EAC sería inconstitucional y nulo en su pretensión de imponer un deber de conocimiento del catalán equivalente en su sentido a lo que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano. Eso no obstante, el precepto admite con naturalidad una interpretación distinta y conforme con la Constitución, toda vez que, dirigiendo el precepto un mandato a los poderes públicos de Cataluña para que adopten "las medidas necesarias" para facilitar... el cumplimiento de este deber", es evidente que solo puede tratarse de un deber "individualizado y exigible" de conocimiento del catalán, es decir, de un deber de naturaleza distinta al que tiene por objeto el castellano de acuerdo con el artículo 3.1 CE (STC 82/1986, FJ 2). No hay aquí, por lo tanto, contrapunto ninguno a la facultad del poder público de la Generalitat de utilizar exclusivamente la lengua catalana en sus relaciones con los ciudadanos, que sería improcedente, sino que se trata, aquí sí, no de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del artículo 35.2 EAC, y en el de las relaciones de sujeción especial que vinculan a la Administración catalana con sus funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística reconocido en el artículo 33.1 EAC. Si el concreto régimen jurídico de ese deber individualizado y exigible es o no conforme con la Constitución habrá de verse en el momento de examinar la constitucionalidad de dichos preceptos, también objeto del

presente recurso. Importa aquí solo, no obstante, que, concebido como un deber de naturaleza distinta al que solo cabe predicar del castellano, esto es, como un deber que no es jurídicamente exigible con carácter generalizado, el deber de conocimiento del catalán tiene un objeto propio que lo justifica como mandato y que permite interpretarlo conforme a la Constitución.

Interpretado en esos términos, el artículo 6.2 EAC no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo... "

Xosé Antonio Sarmiento Méndez  
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidade de Vigo

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OTRA DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA  
SELECCIONADA

- Sarmiento Méndez, X. *Manual de Dereito Constitucional*. Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010. ISBN 978-84-8158-503-2
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. *Comentarios al Estatuto de autonomía de la comunidad autónoma de Galicia* / dirigidos por José Luis Carro Fernández-Valmayor.-Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica [etc.], 1991.
- Colores Trasmonte, B. *Estructura política de Galicia* /--Santiago de Compostela: Tórculo, D.L. 1994.
- Fraga Iribarne, M. *Administración única: una propuesta desde Galicia* /.[1ª ed.]--Barcelona: Planeta, 1993.



# **3. ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO DE GALICIA. DESCRIPCIÓN. SEDE. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GALICIA.**

### **TEMA 3**

## **ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO DE GALICIA: DESCRIPCIÓN. SEDE. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GALICIA.**

### **ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO DE GALICIA.**

Respecto de la organización política de la Comunidad autónoma de Galicia debemos empezar señalando que el Título I del E.A.G. regula los aspectos relativos a la naturaleza, organización y funciones de los órganos de la CCAA gallega. El artículo 9 recoge la organización institucional y la ordenación normativa respetando como recuerda PORTERO MOLINA el esquema clásico de la división de poder.

Dicho esto, hay que destacar dos aspectos claves, por un lado la organización institucional de la Comunidad Autónoma y por otro la ordenación institucional de la Xunta.



La organización institucional de la CA: el artículo 9 del EAG enuncia los órganos a través de los cuales se ejercerá el poder de producción normativa y el poder ejecutivo. Tienen su origen en el artículo 152.1 de la CE "la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la Comunidad y la ordinaria del Estado en

aquella". Se refleja el principio organizativo fundamental del Estado de Derecho, que es el principio de la división de poderes en su sentido flexible y no rígido, al parecer de RAMIREZ. El Capítulo I del Título I del EAG contiene la regulación de las funciones, configuración y organización interna del Parlamento de Galicia, el Capítulo II la elección y funciones del Presidente de la Xunta y la de sus restantes miembros, y el Capítulo III se refiere a la Administración de la Justicia en Galicia. La Xunta de Galicia tiene la iniciativa legislativa y una intervención relevante en el procedimiento de elaboración de las leyes. El Parlamento de Galicia ejerce su control sobre el ejecutivo a través de la investidura, de la moción de censura y la moción de confianza, de las interpretaciones, las preguntas y las comisiones de investigación.



La ordenación institucional de las CA: el art 9.2 del EAG recoge otro gran principio fundamentador del Estado de Derecho, la regulación jurídica de la organización y las funciones de los órganos legislativo y ejecutivo que conforme al principio de jerarquía normativa, deberán llevarse a cabo de acuerdo con la CE y el EAG. Tal voluntad jurídica del Parlamento tiene sus límites, el EAG, en cuanto norma fundamental del ordenamiento jurídico autonómico y la CE como norma suprema del ordenamiento jurídico estatal.

Descripción: el EAG dedica su Título I al "Poder Gallego", estableciendo en el artículo 9 que "los poderes de la CCAA se ejercerán a través del Parlamento, de la Xunta y de su Presidente" y las "leyes de Galicia ordenarán el funcionamiento de estas instituciones de acuerdo con la CE y el presente EAG".

- a) El Parlamento de Galicia o Asamblea Legislativa: el artículo 10 del EAG lo concibe como el órgano de representación gallego, titular de la potestad legislativa y de las funciones de impulso y control de la acción política y de gobierno de Galicia. La organización y funcionamiento del Parlamento gallego se regula en los artículos 11 y 12 del EAG. El artículo 11.5 del EAG regula la composición de la Asamblea.
- b) La Xunta o el Consejo de Gobierno: el artículo 16.1 del EAG nos dice "la Xunta es el órgano colegiado de gobierno de Galicia". La preeminencia de su Presidente, puesta en valor por SOLÉ TURA, no quiebra dicho carácter, es consecuencia de su posición institucional. La Xunta es el supremo órgano de Galicia y el órgano superior de la Administración pública de Galicia. Dirige la política y la Administración de la CA y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con el EAG y las leyes. El artículo 16.2 del EAG nos dice que la Xunta se compone por el Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros que constituirán conjunta y solidariamente el Consejo, que ejercerá, conforme a lo establecido en la Ley, las atribuciones de la Xunta, sin perjuicio de las competencias de las Comisiones delegadas,
- c) El Presidente de la Xunta: el artículo 151.1 de la CE nos dice que al Presidente de la Xunta le corresponde, además de la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva CA y la ordinaria del Estado en aquella. El artículo 15.1 del EAG señala que el "Presidente [de la Xunta] dirige y coordina la acción de la Xunta y ostenta la representación de la CA y la ordinaria del Estado en Galicia". Disfruta del mismo status que los Diputados Autonómicos respecto al régimen de inmunidades.

La sede de las Instituciones Autonómicas.-

El artículo 8 del Estatuto de Autonomía para Galicia se limita a establecer una remisión legal para la aprobación de un texto en el que se fije la sede de las instituciones autonómicas. Igualmente, establece un quórum reforzado consistente en los dos tercios de los miembros del Parlamento de Galicia.

El primer problema que el intérprete del artículo referido encuentra es el de dar idónea utilización a la expresión “Instituciones autonómicas” contenida en el citado artículo del Estatuto. Cabría entender que estas instituciones autonómicas fueran las estatutarias, es decir, aquellas que aparecen citadas en el texto del Estatuto de Autonomía. En esta línea interpretativa estaríamos hablando no solo de los tres clásicos poderes del Estado, sino de otras instituciones de nuevo cuño como el Valedor del Pueblo (artículo 14 del Estatuto), o el Consejo de Cuentas (artículo 53 del Estatuto).

Una visión más amplia identificaría la expresión “Instituciones autonómicas” con todas aquellas que fueran creadas por la Autonomía. Así a las citadas habría que incorporar otras como el Consejo Económico y Social de Galicia o el Consejo Consultivo.

Por último, está la interpretación *strictu sensu* que postula el ámbito de la ley reguladora de las sedes, respecto de las que establece el artículo 152 de la Constitución. Esta es la opción legislativa tomada por la Ley 1/1982, del 24 de junio, de Fijación de la Sede de las Instituciones Autonómicas.

En todo caso y desde mi punto de vista, el precepto estatuario resulta deficiente en su redacción, ya que esta ausencia de claridad, como señala

la doctrina italiana, atenta contra un valor fundamental del ordenamiento jurídico, y en definitiva, tuvo que ser recientemente resuelta por la ley 4/2002, del 25 de junio, del Estatuto de la Capitalidad de la Ciudad de Santiago de Compostela.

La problemática de la fijación de las sedes de las instituciones autonómicas, recibe una solución muy heterogénea en el derecho comparado, como dice PAREJO ALFONSO, que transcribo a continuación.

- En primer lugar aparecen aquellos Estatutos en los que directamente existe un pronunciamiento respecto de la capitalidad (Murcia y Navarra),
- en un segundo grupo están los que prevén la fijación de la capitalidad pero la remisión de la misma a una ley (Andalucía),
- otro grupo de estatutos no se pronuncia sobre la capitalidad, siendo este el más numeroso (entre otros, Cataluña, Cantabria, Aragón y Madrid).
- En otro plano se encuentran aquellos que como Asturias o Valencia, no pronunciándose sobre la capitalidad, prevén simultáneamente la posibilidad de que se establezca otro lugar por ley,
- por último, existe el caso gallego que es común con los estatutos del País Vasco, Castilla y León y Castilla-La Mancha, que consisten en no pronunciarse sobre la capitalidad y hacer una remisión a una ley futura, como en nuestro caso es la ley 1/1982.

La existencia de dos leyes gallegas que afectan a la fijación de la sede de las instituciones autonómicas revela la importancia que, desde el punto de vista político, tiene la ubicación de los órganos estatutarios. Esta ubicación es particularmente delicada cuando hablamos de la sede del

Parlamento, puesto que, como señaló recientemente CLAUDIO ANTONIELLO, las relaciones entre la inmunidad parlamentaria y la sede donde las Cámaras desarrollan sus sesiones son obvias.

El Tribunal Constitucional español tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la fijación de la sede de los órganos judiciales en la Comunidad Autónoma, en el contenido de su Sentencia del 29 de marzo de 1990, recaída en relación a los recursos de inconstitucionalidad acumulados, interpuestos, entre otros, por la Xunta de Galicia frente a determinados preceptos de la ley orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial. En este sentido el Tribunal reconoce que el artículo 152.1 de la Constitución, en su párrafo segundo, habla de supuestos y formas de participación de las Comunidades autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales. La localización de la capitalidad de los órganos judiciales no es discrecional para los poderes autonómicos, existiendo, entre otros:

- los condicionantes del propio artículo 152 y del 141.1 de la Constitución
- el marco establecido en la ley orgánica del Poder Judicial (en esta misma línea se han pronunciado las sentencias del Tribunal Constitucional 10/82 y 97/89).

El contenido de la ley gallega de fijación de la sede de las instituciones autonómicas, es singularmente lacónico. Establece, por una parte, que la sede del Parlamento, de la Xunta, de su Presidente y de las consejerías es Santiago de Compostela. Este desglose específico del poder ejecutivo pone de manifiesto la intención del legislador de remarcar, aun sin decirlo expresamente, la capitalidad de Santiago. Seguidamente, en el artículo segundo la ley dice que el Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en la ciudad de A Coruña.

Tal *corpus legislativo* necesitaba ser aclarado y completado (en contra de la opinión de VILLAS NOGUEIRA) y así la propia exposición de motivos de la ley 4/2002, del Estatuto de la Capitalidad de la Ciudad de Santiago de Compostela, dice que busca la finalidad de completar a nivel normativo las determinaciones contenidas en la ley 1/1982.

a. La base conceptual de la capitalidad.

De conformidad a lo que se preveía el artículo 89.2 de la ley 5/1997, del 22 de julio, de Administración Local de Galicia, la ley del Estatuto de la Capitalidad regula el régimen jurídico especial de Santiago de Compostela como sede de las instituciones autonómicas y por su reconocimiento como capital de Galicia.

En su articulado la ley de 2002, contiene algunas proclamaciones repetitivas u ociosas, así como abundantes remisiones normativas. Ejemplo claro de esto es el establecimiento de preeminencia honorífica y protocolaria para la corporación municipal compostelana, todo ello “de acuerdo con las leyes”. Valoración más positiva merece la incorporación al citado texto de los símbolos de la ciudad de Santiago (el escudo, la bandera y los títulos que le fueron concedidos en atención a su historia y tradición).

Desde un punto de vista de técnica legislativa, resulta particularmente criticable que, en lo relativo al régimen jurídico la ley de la capitalidad, recuerde que el ayuntamiento de Santiago tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, lo que, junto a la inclusión exhaustiva del sistema de fuentes del Derecho local español, hace del artículo 5 de la ley una norma inútil por obvia.

Igualmente en lo tocante a la regulación del gallego como lengua propia del Ayuntamiento de Santiago de Compostela la Ley no supone



ningún *ius novum* respecto a lo dispuesto con carácter general por la Ley de Normalización Lingüística de Galicia.

Las especificidades que derivan de la capitalidad llevan consigo como en su día apuntó para el caso estatal FERNÁNDEZ DURÁN, la existencia de unos órganos propios y del reconocimiento de un ámbito de autonomía municipal reforzados. En el caso de Santiago de Compostela no se encuentran instrumentos jurídicos totalmente nuevos en la regulación de su Estatuto de Capitalidad incidiéndose una y otra vez en aspectos como los derechos de información de los ciudadanos y el acceso a la información municipal por medios telemáticos, que no son más que adopción del derecho común ( artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Decreto Autonómico Regulador de los Registros Telemáticos publicado en el Diario Oficial de Galicia el 4 de abril de 2003.

#### b. Aspectos orgánicos.-

La existencia de un aparato administrativo que posibilite las relaciones del Ayuntamiento de Santiago con la Administración Autonómica supone el reconocimiento, por parte de la Ley de la Capitalidad, de la importancia de la distribución territorial del poder para una buena gestión de la cosa pública. De este modo se crea el Consejo de la Capitalidad de Santiago de Compostela como un órgano colegiado de carácter permanente compuesto por representantes tanto del ámbito de la Xunta como del propio Ayuntamiento.

Un aspecto destacable de este nuevo órgano es la previsión de que emane una legislación de funcionamiento que, en todo caso, deberá prever que los acuerdos del Consejo se tomarán por consenso. Este extremo, resulta profundamente problemático y puede dificultar notablemente el

funcionamiento del Consejo, que solo podrá tomar acuerdos cuando la sintonía entre administraciones sea perfecta.

Las funciones que se le otorgan al consejo de la Capitalidad se desglosan básicamente en dos grupos. Por una parte deberá adoptar los acuerdos en relación con las materias que el propio Pleno del Consejo declare de interés concurrente para la Administración de la Xunta de Galicia y el Ayuntamiento, siempre y cuando tengan relación con las funciones de la ciudad como capital de Galicia. Por otra parte, también el Consejo de la Capitalidad estudiará y evaluará los costes que suponen para la ciudad de Santiago su condición de capital de Galicia. La Ley prevé expresamente la fijación de instrumentos de compensación con esta finalidad.

No cabe duda de que los aspectos económicos y de financiación de la capital están en el meollo de la regulación legal, y en este sentido como reconocen HÄUSSERMANN & SIMONS la importancia de la coyuntura económica en la estructuración de las nuevas capitales resulta esencial.

La implementación orgánica de las medidas que acabo de comentar puede llevar consigo la creación de un consorcio entre el Ayuntamiento de Santiago y los Ayuntamientos limítrofes de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Administración Local de Galicia. Este y otros instrumentos servirán para llevar a cabo cuando menos cinco políticas públicas sectoriales que la Ley de la Capitalidad se encarga de recoger.

- a) Actuaciones en materia de patrimonio histórico-artístico. Con esta finalidad la Xunta remitirá al Consejo de la Capitalidad una programación anual de las actuaciones tendentes a la conservación y rehabilitación del patrimonio histórico y monumental.

- b) Política de ordenación del territorio. Resulta particularmente decisiva la ordenación urbanística de una ciudad de tamaño medio y que tiene que dar respuesta a la localización de numerosos edificios para organismos públicos.
- c) Previsiones en materia de seguridad pública. En este punto a Ley se muestra respetuosa con lo dispuesto en la legislación estatal orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y también establecido en la Ley Autonómica de Coordinación de la Policías Locales de Galicia.
- d) En el marco de la Ley de Coordinación de Transportes por Carretera de Galicia deberá asegurarse la prestación de este servicio público en el ámbito del área de Santiago de Compostela.
- e) En relación con el turismo. Santiago de Compostela tiene ex lege la condición de municipio turístico prevista con carácter general en la Ley de Ordenación del Turismo de Galicia, disponiéndose también la posibilidad de establecer convenios al amparo del artículo 91.1 de la Ley 5/1997 del 22 de julio de la Administración Local de Galicia.

La última previsión legal de la Ley Reguladora de la Capitalidad no es por ello menos importante. Me estoy refiriendo a la necesidad de fijar un apartado específico en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma por la condición de capital de Galicia de la ciudad de Santiago. A tal efecto antes de la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos el Consejo de la Capitalidad podrá emitir el correspondiente informe. Coincido con CARAMÉS VIEITEZ en que la Administración Local precisa de contar cada vez más con la participación del sector privado en la dinamización de la gestión del ámbito local, y por ello las previsiones presupuestarias no

deben de ser meras subvenciones si no políticas públicas globales que favorezcan el desarrollo de la Capital y por ende de toda Galicia.

## **La ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE GALICIA**

El Capítulo III del Título I del EAG tiene como firma "De la administración de Justicia de Galicia". Aunque pueda parecer que en las CCAA se articula un poder judicial, tal impresión no tiene fundamento ninguno como apunta APARICIO PÉREZ. El artículo 152.1 de la CE reconoce expresamente la independencia del Poder Judicial y su unidad. Hay una manifiesta imposibilidad de estructurar un poder judicial de las CCAA. Las razones serían las siguientes:

- La participación de las CCAA en toda materia relacionada con la Administración de justicia deberá hacerse con los criterios y en el marco de la CE y de la Ley Orgánica Del Poder Judicial.
- Por consagración constitucional del principio de unidad de Poder Judicial español.
- Por la existencia de un cuerpo unido de jueces y magistrados de carrera y un único órgano de Gobierno del Poder Judicial.
- Los Tribunales Superiores de Justicia no integran una jurisdicción especial, aunque deban aplicar un derecho propio de la Comunidad.

El artículo 21 del EAG dispone que el "TSXG, en el que se integrarán la Audiencia Territorial, es el órgano jurisdiccional en que culminará la organización judicial en su ámbito territorial, y ante el cual se rematarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la CE y de acuerdo con el presente Estatuto". La Audiencia Territorial de

Galicia será la base del futuro TSXG, una idea que les parece afortunada a autores como MORENO CATENA.

La LOPJ contiene normas relativas al TSJ:

□□ El art 7.1 de la LOPJ señala que el TSJ tomará el nombre de la CA (TSXG) y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de esta. Los criterios para fijar la sede se determinan en la disposición adicional segunda de la LOPJ

□□ Composición: el TSXG estará integrado por tres salas, de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo, y de lo Social. (No puede olvidársenos mencionar la posibilidad de creación de varias secciones dentro de cada sala)

□□ El artículo 23.2 del EAG establece que el "nombramiento de los Magistrados, Jueces, y Secretarios del TSX será efectuado en la forma prevista en las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General Del Poder Judicial. La responsabilidad se dilucidará ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo.

□□ Las competencias se regulan en la LOPJ y en el EAG. En este último texto se recogen de este modo:

La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende:

- En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho Civil gallego.
- En el orden penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y de revisión.

- En el orden contencioso administrativo, a todas las instancias y grados, cuando se trate de actos dictados por la Xunta y por la Administración de Galicia, en las materias cuya legislación corresponda en exclusiva a la Comunidad Autónoma y la que, de acuerdo con la Ley de dicha jurisdicción, le corresponda en relación con los actos dictados por la Administración del Estado en Galicia.
- A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales en Galicia.
- A los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.
- En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o que corresponda según las Leyes del Estado y, en su caso, el de revisión. El Tribunal Supremo resolverá también los conflictos de competencia y jurisdicción entre los Tribunales de Galicia y los del resto de España.

Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culmine la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de esta.

1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes Salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-administrativo y de lo Social.
2. Se compondrá de un Presidente, que lo será también de su Sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los Presidentes de Sala y de los

Magistrados que determine la ley para cada una de las Salas y, en su caso, de las Secciones que puedan dentro de ellas crearse.

- **La Sala de lo Civil y Penal** del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil. MORENO CATENA opina que escasas atribuciones, entre las que se encuentran:

- a) Del recurso de casación que establezca la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía prevea esta atribución.
- b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía previó esta atribución.

Esta Sala conocerá igualmente:

- d) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo.
- e) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones.
- f) De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma que no tenga otro superior común.

- como Sala del Penal, corresponde la esta sala

- a) El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.
- b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.
- c) El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las Leyes.
- d) La decisión de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales de la orden penal con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

Para la instrucción de las causas a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de esta para juzgarlas.

Le corresponde, igualmente, la decisión de las cuestiones de competencia entre Juzgados de Menores de distintas provincias de la Comunidad Autónoma.

En caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse una o más secciones e incluso Sala de lo Penal con su propia circunscripción territorial en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, para los efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere el párrafo c) del apartado 3 de este artículo. El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las Leyes. Y aquellas otras apelaciones atribuidas por las Leyes al Tribunal Superior. Los nombramientos para magistrados de estas Secciones, por propuesta del



Consejo General del Poder Judicial, recaerán en aquellos magistrados que, después de permanecer durante los 10 años ya anteriores en el orden penal, ostenten mayor antigüedad escalafonal.

- **Las Salas de lo Contencioso-administrativo** de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, en única instancia, de los recursos que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- b) Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales.
- c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Valedor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.
- d) Los actos y resoluciones dictados por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa.
- y) Las resoluciones dictadas en alzada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.
- f) Los actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de Corporaciones locales en los términos de la legislación electoral.
- g) Los convenios entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

- h) La prohibición o la propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión.
- i) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior a Ministro o Secretario de Estado, en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.
- j) Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

Conocerán, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja.

También les corresponde, conforme a lo establecido en esta Ley, el conocimiento de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Conocerán de las cuestiones de competencia entre los Juzgados de lo Contencioso-administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

Conocerán del recurso de casación para la unificación de doctrina en los casos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Conocerán del recurso de casación en interés de la Ley en los casos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

● **La Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia conocerá:

1º) En única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma.

2º) De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia.

3º) De las cuestiones de competencia que se susciten entre los Juzgados de lo Social de la Comunidad Autónoma. Se trata de competencias que en opinión de ZORRILLA RUIZ deben dar pie a una amplia actuación del Tribunal en este ámbito.

Cada una de las Salas del Tribunal Superior de Justicia conocerá de las recusaciones que se formulen contra sus Magistrados cuando la competencia no corresponda a la Sala a que nos referimos a continuación.

1. Una Sala constituida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, los Presidentes de Sala y el Magistrado más moderno de cada una de ellas conocerá de las recusaciones formuladas contra el Presidente, los Presidentes de Sala o de Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma o de dos o más Magistrados de una Sala o Sección o de una Audiencia Provincial.

2. El recusado no podrá formar parte de la Sala, produciéndose, si es el caso, su relevo conforme a lo previsto en esta ley.

Cuando el número de asuntos procedentes de determinadas provincias u otras circunstancias lo requieran podrán crearse, con carácter excepcional, Salas de lo Contencioso-administrativo o de lo Social con jurisdicción limitada a una o varias provincias de la misma Comunidad Autónoma, en cuya capital tendrán su sede. Dichas Salas estarán formadas, como mínimo, por su Presidente, y se completarán, si es el caso, con Magistrados de la Audiencia Provincial de su sede.

La Ley de Planta podrá, en aquellos Tribunales Superiores de Justicia en que el número de asuntos lo justifique, reducir el de Magistrados, quedando compuestas las Salas por su respectivo Presidente y por los Presidentes y Magistrados, si es el caso, que aquella determine.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 del 28 de junio sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña vino a perfilar algunos aspectos del alcance de la Administración de justicia en el ámbito autonómico.

1. La primera cuestión es la constitucionalidad de la competencia establecida en el Estatuto para que el Tribunal Superior pueda tutelar los derechos reconocidos por el presente Estatuto de autonomía.

"...Por lo demás, descartada la inconstitucionalidad de los arts. 37 y 38 EAC en fundamentos precedentes (fundamentos jurídicos 26 y 27), decae por las mismas razones la objeción formulada al artículo 95.1 EAC en cuanto que este signifique la posible creación de un recurso de amparo para la defensa de derechos estatutarios equiparados a los fundamentales. En efecto, tampoco el artículo 95.1 EAC implica la introducción de innovaciones "procesales" ni suponen una alteración de las "reglas procesales comúnmente aplicables" en materia de protección de derechos, sino que por el contrario, partiendo de un sistema procesal de garantía de los derechos y libertades dispuesto y regulado por el legislador del Estado en ejercicio de sus competencias propias, el precepto cuestionado asume la condición del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como órgano jurisdiccional al que corresponden en aquel sistema determinadas funciones de protección de derechos subjetivos; funciones a las que el Estatuto quiere hacer referencia expresa por relación a los derechos que el propio Estatuto reconoce, con la salvedad, en todo caso, de que los términos concretos en que esa genérica condición haya de materializarse para el caso de los derechos estatutarios serán, en definitiva, los que resulten de los "procedimientos establecidos en las leyes" (artículo 38.2 EAC), que sólo pueden ser las del Estado..."

2. La segunda cuestión de interés trata de la posibilidad de que el TSJ sea la última instancia jurisdiccional de todos los procesos iniciados

en Cataluña, así como de todos los recursos que se tramiten en su ámbito territorial, sea cual sea el derecho invocado como aplicable, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial y sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina", respetando que la "Ley Orgánica del Poder Judicial determinará el alcance y contenido de los indicados recursos".

El Tribunal entiende que nada de esto se contradice con el artículo 95.2 EAC, que en un recto entendimiento de sus palabras:

a. no atribuye al Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de todos los posibles recursos tramitados en su territorio,

b. ni hace de ella la última instancia de todos los procesos en todo caso, sino que solo le reconoce -dada su posición como órgano jurisdiccional con el que culmina la organización judicial del Estado en Cataluña, según recuerda el artículo 95.1 EAC- la condición de última instancia posible a los fines de cumplir con el mandato constitucional de que las sucesivas instancias procesales se agoten ante órganos judiciales radicados en Cataluña (artículo 152.1 CE), sin excluir con eso que, si es el caso, ese agotamiento pueda realizarse en órganos judiciales inferiores del mismo territorio, lo que siempre corresponderá determinar a la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que el mismo artículo 95.2 EAC asume como la competente para determinar "el alcance y contenido de los indicados recursos". En consecuencia, ha de ser desestimada en este extremo la impugnación del artículo 95.2 EAC.

"...Distinto es lo que sucede respecto de la salvedad hecha en el precepto a "la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina". Ni el Estatuto puede contraer la competencia de ese Tribunal al conocimiento de un determinado recurso jurisdiccional, ni definir, al margen de cualquier recurso, las competencias jurisdiccionales del Tribunal Supremo, pues es evidente que la Ley Orgánica del Poder Judicial es la única norma constitucionalmente habilitada para determinar

los procesos y recursos que son de la competencia de los órganos judiciales, sin exclusión, naturalmente, del propio Tribunal Supremo.

Cabe entender que con la expresión "unificación de doctrina" no se hace referencia en el Estatuto a un concreto recurso procesal, ni se delimita la función del Tribunal Supremo, sino que simplemente se alude, sin posibilidad de reducirla, a la labor característica y propia del mencionado Tribunal en tanto que órgano jurisdiccional "superior en todas los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (artículo 123.1 CE). Labor cifrada en la reducción a unidad del ejercicio de la jurisdicción por el conjunto orgánico de la pluralidad de los Juzgados y Tribunales en los que se estructura y organiza el Poder Judicial del Estado. Siendo esa específicamente la función cuyo ejercicio define al Tribunal Supremo como el superior en todos los órdenes judiciales, el artículo 95.2 EAC ha de interpretarse en el sentido de que con la unificación "de doctrina" no se puede definir por el Estatuto la función jurisdiccional del Tribunal Supremo ni se limita la configuración de esta por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni se hace referencia a un recurso procesal específico, sino solo a aquella función reservada al Tribunal Supremo y referida en el Estatuto por relación a su resultado -la unificación de la doctrina de todos los órganos judiciales, esto es, con mayor propiedad, la unificación de la aplicación e interpretación del Derecho-, alcanzado mediante una orden de recursos procesales que solo a la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde establecer.

Interpretado en esos términos, el inciso "para la unificación de doctrina" del artículo 95.2 no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo... "

3. La tercera decisión de interés tiene relación con atribuir al Tribunal Superior de Justicia "la resolución de los recursos extraordinarios de revisión que autorice la ley contra las resoluciones firmes dictadas por los órganos judiciales de Cataluña".

El Tribunal dice que "...Siendo evidente que la ley en cuestión solo puede ser, una vez más, la Orgánica del Poder Judicial, nada puede oponerse a la constitucionalidad del precepto, en el bien entendido de que será siempre esa ley orgánica la que, además de disponer los supuestos en que caben aquellos recursos extraordinarios, disponga también los supuestos en que su resolución corresponda al Tribunal Superior de Justicia, quedando así este órgano judicial autorizado para su conocimiento, según prevé el artículo 95.4 EAC. No estamos, por lo tanto, ante una norma estatutaria atributiva de competencias judiciales, sino ante un precepto que asume, sin condición, cuanto sobre esa materia decida, con perfecta libertad, el legislador estatal competente... "

4. La cuarta cuestión de interés tiene que ver con la figura del Fiscal Superior de Comunidad autónoma y su regulación estatutaria, a este respecto se apunta:

"...El respeto al procedimiento de designación del Fiscal Superior no se ve perjudicado en absoluto por el hecho de que el artículo 96.2 EAC disponga que el Presidente de la Generalitat ordena la publicación de su nombramiento en el Diario Oficial de la Generalitat, pues es obvio que la única publicación relevante a los fines de la perfección jurídica del nombramiento es la verificada en el Boletín Oficial del Estado, cumpliendo así la realizada en el Diario de la Generalitat una labor de coadyuvar al mayor conocimiento de aquel acto.

El apartado 3 del artículo 96 EAC prevé el envío por el Fiscal Superior a distintas instituciones autonómicas de una copia de la memoria anual de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Los recurrentes no se detuvieron específicamente en este punto, sin que sea fácil advertir en qué medida esta previsión puede redundar en la indebida territorialización del Ministerio Fiscal o en la invasión de la reserva de ley establecida en el artículo 124 CE, único fundamento invocado en el recurso para la impugnación in abstracto de la totalidad del artículo 96 EAC. En todo caso,

la previsión de que la copia de la memoria se presente ante el Parlamento de la Comunidad Autónoma se considera también expresamente en el artículo 11.2 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y es una manifestación de las relaciones institucionales del Ministerio Fiscal con las instituciones públicas que, en su dimensión puramente informativa, no puede implicar, por definición, ningún control por parte de la Cámara sobre la actuación del Fiscal Superior”.

Además el apartado 4 del artículo 96 EAC se limita a recordar que las funciones del Fiscal Superior "son las que establece el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal", lo que:

- a. no puede ser más respetuosa con la reserva del artículo 124.3 CE, siendo, en fin, evidente que la posibilidad de que la Generalitat celebre convenios con el Ministerio Fiscal, según concluye el apartado 4 examinado,
- b. no suponen para este la imposición de un deber incompatible con su posición y autonomía institucionales.

5. En lo relativo a la regulación del Consejo Catalán de la justicia el Tribunal Constitucional afirma:

"...En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, del 11 de octubre, FJ 5), pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados.



Ahora bien, la impropiedad constitucional de un órgano autonómico calificado en los términos del artículo 97 EAC no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en tela de juicio, pues solo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa calificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia sólo tendría razón de ser para el ejercicio de unas labores constitucionalmente inaceptables. El artículo 97 EAC es, por lo tanto, inconstitucional en la medida que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como órgano "de gobierno del poder judicial" que "actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial". La pervivencia del Consejo de Justicia de Cataluña, una vez excluida su inconstitucional concepción, dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se le confieren en el artículo 98 EAC.

En todo caso, la inconstitucionalidad de principio advertida ya en el artículo 97 EAC ha de implicar, por conexión o consecuencia, la de los arts. 98.3 y 100.1 EAC, no impugnados, en cuanto el primero parte de la posibilidad de que el Consejo de Justicia dicte resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de Jueces y Magistrados y toda vez que la recurribilidad en alzada de determinados actos del Consejo de Justicia de Cataluña ante el Consejo General del Poder Judicial resulta lógicamente de la definición de aquel como órgano desconcentrado de este último... "

6. En el tema concreto de las atribuciones del Consejo autonómico de Justicia la opinión del máximo intérprete de la Constitución es:

"...La cuestión determinante será, por lo tanto, cuáles son, en cada caso, las competencias atribuidas directamente en el propio Estatuto, siendo evidente que respecto de las que se puedan contemplar en su momento en "las leyes que apruebe el Parlamento" nada podemos anticipar ahora.

Las atribuciones en las que aquí hemos de centrarnos son, pues, las relacionadas en el artículo 98.2 EAC. De ellas incurren en clara inconstitucionalidad, por tratarse de atribuciones típicas de un órgano de gobierno del Poder Judicial, las contempladas en los apartados a) [participación en la designación de presidentes de órganos judiciales], b) [expedición de nombramientos y cesamientos de Jueces y Magistrados temporales], c) [funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados], d) [inspección de Tribunales] e) [información sobre recursos de alzada contra acuerdos de los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados de Cataluña], que afectan, sin duda, a la función jurisdiccional propiamente dicha y a la ordenación de los elementos consubstanciales a la determinación de la garantía de la independencia en su ejercicio. La inconstitucionalidad del apartado a) implica, por conexión o consecuencia, la de la referencia en los apartados 5 y 6 del artículo 95 EAC a la participación del Consejo de Justicia en el nombramiento de los Presidentes del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de sus Salas”.

Por el contrario, El Tribunal Constitucional entiende que se acomodan a la Constitución las atribuciones contempladas en los apartados:

f) [“precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de Cataluña, los reglamentos del (CGPJ) “],

g) [información sobre propuestas en materia de organización y demarcaciones], h) [presentación de una memoria al Parlamento] e

i) [reiterativo del artículo 98.1 EAC].

En la medida que dichas atribuciones se compadecen sin dificultad con el ámbito de las competencias asumibles por la Comunidad Autónoma en relación con la “administración de la Administración de Justicia”, su ejercicio por un órgano autonómico específico como es el Consejo de Justicia de Cataluña no formula ningún reparo constitucional a la existencia de este último, en el bien entendido de que no puede ser calificado en los términos utilizados por el artículo 97 EAC.

7. Respecto a la inclusión del Presidente del Tribunal superior en el Consejo autonómico de Justicia el criterio contrario del Tribunal Constitucional se plasma de este modo:

"...El artículo 99.1 EAC, que regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo de Justicia de Cataluña, prevé la integración en él de Jueces, Magistrados, Fiscales o juristas de reconocido prestigio, y confiere su presidencia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Rechazamos en el fundamento jurídico 47 que el Consejo de Justicia de Cataluña pueda caracterizarse como un órgano de gobierno de los jueces, ya que las únicas funciones que constitucionalmente puede ejercer son las de naturaleza administrativa; por lo tanto, la integración de Jueces y Magistrados en su composición supondría hacer uso de la excepción considerada en el artículo 117.4 CE, que impide, por principio, que los Jueces ejerzan funciones ajenas a la potestad jurisdiccional. No es el Estatuto, por las razones ya repetidas en fundamentos anteriores, la norma competente para establecer esa excepción, lo que desde luego hace en su primer inciso en relación con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, al atribuirle la presidencia del Consejo de Justicia de Cataluña. En cuanto al resto de los componentes de este órgano, el precepto estatutario dispone que, además de por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, estará integrado por " [...] los miembros que se nombren, de acuerdo con lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre Jueces, Magistrados, Fiscales o juristas de reconocido prestigio,". En virtud de esta remisión a la LOPJ, es al legislador orgánico al que con plena libertad le corresponde determinar entre qué profesionales de los mencionados en el precepto pueden ser nombrados los componentes del Consejo de Justicia y, en su caso, incluir entre ellos Jueces y Magistrados, habilitándolos, de esta forma, para el ejercicio de funciones ajenas a la potestad jurisdiccional, debiendo, por lo tanto, desestimarse en este concreto extremo a impugnación de los recurrentes.

En conclusión, el inciso "por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y del " apartado 1 del artículo 99 EAC es inconstitucional y nulo... "

8. El Tribunal analiza las competencias de la Generalitat sobre la Administración de Justicia concluyendo su conformidad a la Constitución por los siguientes motivos:

El apartado 1 del artículo 101 EAC dispone que la Generalitat pueda proponer "la convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces y Fiscales en Cataluña". Formalmente impugnado en el *petitum* del recurso, el cuerpo de la demanda se centra, no obstante, en los apartados 2 y 3 del precepto, siendo así que, por su parte, dicho apartado 3 no figura después en el *petitum*. Todo apunta a un error en la formalización de este último, por lo que no debería tenerse por impugnado el artículo 101.1 EAC. Eso no obstante, en cuanto el Consejo de Justicia de Cataluña figura entre las instituciones a las que cabe proponer aquella convocatoria, es evidente que su mención en dicho apartado debe declararse inconstitucional y nula como consecuencia de las razones que en los fundamentos jurídicos 47 y 48 nos llevaron a tener por inconstitucional la configuración del Consejo de Justicia en los arts. 97 y 98 EAC como un órgano de gobierno del Poder Judicial. Razones que también suponen la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 101 EAC, en el que se prescribe que el Consejo de Justicia "convoca los concursos para cubrir plazas vacantes de Jueces y Magistrados en Cataluña en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

En consecuencia, son inconstitucionales y nulos los incisos " o al Consejo de Justicia de Cataluña" del artículo 101.1 EAC y del artículo 101.2 EAC.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 101 EAC, 2[I] las pruebas de los concursos y las oposiciones regulados en el presente artículo, cuando se celebren en Cataluña, podrán realizarse en cualquiera de las dos lenguas

oficiales a elección del candidato". Con notoria impropiedad, el apartado se refiere a los concursos y oposiciones "regulados" en el artículo 101 EAC, cuando es obvio que el precepto no los regula en absoluto, sino que se limita a pronunciarse sobre la capacidad de propuesta para su convocatoria (apartado 1), sobre la facultad misma de convocarlos (apartado 2) y sobre las lenguas que pueden utilizarse en las oposiciones y concursos (apartado 3), siempre y en todo caso por relación a la cobertura de plazas vacantes en Cataluña. Esta precisión es determinante para el cabal entendimiento del artículo 101.3 EAC, que no se pretende aplicable a los concursos y oposiciones celebrados en Cataluña para la cobertura de plazas vacantes en cualquier parte del territorio nacional, sino, como se desprende con claridad de su apartado 1, solo para las que hayan de cubrirse en esa Comunidad Autónoma y cuando las pruebas de acceso se celebren en su territorio".

El Tribunal Constitucional entiende que el precepto:

- a. no impone la utilización exclusiva del catalán,
- b. se limita a permitir a los concursantes y opositores la opción por cualquiera de las dos lenguas oficiales en Cataluña, atendiendo así específicamente al derecho de los ciudadanos de Cataluña a relacionarse con la Administración pública, condición de la que participan los tribunales de oposiciones, en la lengua oficial de su elección.

El máximo intérprete de la Constitución recuerda su pronunciamiento sobre el artículo 33.3 EAC en el fundamento jurídico 21, de que el ejercicio de ese derecho en el marco de los procedimientos de acceso a la carrera judicial, así como en los de promoción y traslado, requiere la inexcusable intervención del legislador estatal; concretamente, del legislador orgánico del Poder Judicial a quien corresponde precisar las modalidades y requisitos de ejercicio del derecho de opción lingüística contemplado en el Estatuto.

9. Se estima conforme a la Constitución la regulación del personal de la Administración de Justicia en Cataluña en los siguientes términos:

"...El artículo 103 EAC se refiere al personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia. Su apartado 1 atribuye a la Generalitat "la competencia normativa" sobre este, "dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial". En lo que hace al primero, no puede admitirse que, como sostienen los recurrentes, la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma en esta materia sea precisamente la legislativa, pues "la competencia normativa" en cuestión también puede ser la reglamentaria. Por lo que se refiere a la previsión de que dicha competencia ha de ejercerse dentro del respeto al estatuto de aquel personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, es evidente que por sí sola excluye toda posible infracción de dicho estatuto jurídico y de la única Ley competente para su regulación. Por eso, la concreta relación de materias cuya regulación se incluye en esa competencia según el propio artículo 103.1 EAC solo puede entenderse por estricta referencia a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y conforme a ellas deben ser interpretadas y entendidas, en su contenido y en su alcance.

Lo mismo ha de decirse respecto de las funciones que el apartado 2 del artículo 103 EAC incluye en "la competencia ejecutiva y de gestión" atribuida a la Generalitat en materia de personal no judicial, pues también se trata de una competencia conferida " en los mismos términos del apartado ", esto es, por lo tanto, "dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Asimismo, la posibilidad contemplada en el apartado 3 del artículo 103 EAC en punto a la creación por ley del Parlamento catalán de cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia lo es, según prevé el propio precepto, " [dentro del marco dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial", de manera que tal creación sólo es posible si esa Ley Orgánica lo permite y en los términos en que lo haga".

La atribución a la Generalitat "de competencia exclusiva sobre el personal laboral al servicio de la Administración de Justicia" (artículo 103.4 EAC) solo puede entenderse sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado respecto:

- a. de la Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE)
- b. de la legislación laboral general (artículo 149.1.7 CE)

- 10. Se desestima la inconstitucionalidad de la competencia para "determinar la creación, el diseño, la organización, la dotación y la gestión de las oficinas judiciales y de los órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales, incluyendo la regulación de las instituciones, los institutos y los servicios de medicina forense y de toxicología.
- 11. El Tribunal defiende la constitucionalidad de la previsión estatutaria de regulación autonómica de la demarcación, planta y capitalidad judiciales.

Xosé Antonio Sarmiento Méndez  
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidade de Vigo

## **TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OTRA DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA**

Carro Fernández-Valmayor, José Luis  
Sobre la potestad autonómica de autoorganización, en Civitas. Revista española de derecho administrativo - N.71 (1991), p.317-332.

Máiz Suárez, R.

As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia / Ramón Maíz, José A. Portero.--[Santiago de Compostela]: Parlamento de Galicia, D.L. 1988.

Sarmiento Méndez, X.

Manual de Dereito Constitucional, Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010. ISBN 978-84-8158-503-2

Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge

Estructura institucional de las Comunidades Autónomas: artículo 152º / Jorge Rodríguez-Zapata Pérez..., en Comentarios a la Constitución española de 1978 / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. -- [Madrid]: Cortes Generales [etc.], 1996-1999. -- T. XI



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

## **TEMA 4**

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

#### **I.- EI 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), la Ley /2007 (DOG núm., del 13 de abril) y por la Ley

12/2007, del 27 de julio (BOE núm., del 8 de agosto, por la que también se modifica la Ley 9/1995 del 10 de noviembre del Consejo Consultivo de Galicia).

## **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.

Según el Decreto 79/2009, del 19 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Xunta de Galicia (*DOG* núm. 75, del 20 de abril), la Xunta de Galicia estará integrada por los departamentos que a continuación se relacionan (se puede consultar la estructura orgánica de cada Consellería en <http://www.xunta.es/gobierno-e-instituciones> ):

- Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza.
- Consellería de Facenda.
- Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas.
- Consellería de Economía e Industria.
- Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.
- Consellería de Sanidade.
- Consellería de Cultura e Turismo.
- Consellería de Traballo e Benestar.
- Consellería do Medio Rural.
- Consellería do Mar.

### **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 librára, 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), la Ley /2007 (*DOG* núm., del 13 de abril) y por la Ley 12/2007, del 27 de julio (*BOE* núm., 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**

#### **III.1. Introducción**

En la Constitución liberal de 1812, en la Constitución republicana de 1931 o en el régimen franquista (en la Ley del 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, del 22 de abril (BOE núm. 100, del 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, del 18 de julio (*BOE* núm. 209, del 30 de agosto) y modificado posteriormente en numerosas ocasiones.

En el Estatuto de Autonomía para Galicia, a diferencia de lo contemplado en los Estatutos de otras Comunidades Autónomas (p.ej., el catalán), no contemplaba la creación de un órgano propio de carácter consultivo: No obstante, en el fallo del Tribunal Constitucional en la sentencia 204/1992, del 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, del 26 de noviembre (con la misma fecha de la citada STC), de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, expresamente se hace referencia al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma (artículo 102.3º y 103.4º).

El Consejo Consultivo de Galicia se crea por la Ley 9/1995, del 10 de noviembre, (*DOG*, núm. 229, del 29 de noviembre de 1995), modificada por la Ley 12/2007, del 27 de julio (*DOG*, núm. 153, del 8 de agosto de 2007); y por la Ley 16/2008, del 23 de diciembre (*DOG*, núm. 253, del 31 de diciembre). Con el Decreto 282/2003, del 22 de mayo, se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia (*DOG* núm. 120, del 23 de junio de 2003).

El Consejo Consultivo de Galicia, como órgano superior consultivo de la Xunta de Galicia, velará por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico. Salvo que una norma con rango de ley así lo establezca (p.ej., lo establecido en el artículo 11 de la propia Ley del Consejo Consultivo de Galicia), su dictamen será facultativo, no vinculante y de carácter estrictamente jurídico. Con todo, si bien la consulta al Consejo es facultativa, lo cierto es que habiendo consulta debería procederse a la emisión de dicho dictamen.

El Consejo Consultivo de Galicia disfruta de plena autonomía orgánica y funcional, en garantía de su objetividad e independencia.

En asuntos de competencia de la Xunta de Galicia el dictamen del Consejo Consultivo de Galicia será solicitado por el/-la Presidente/-a de la Xunta. Corresponde a los presidentes de las entidades locales solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Galicia en aquellos supuestos en que la legislación lo requiera. El órgano consultante le deberá facilitar al Consejo cuanta documentación precise para dictaminar sobre la cuestión suscitada.

El Consejo deberá emitir sus dictámenes (mediante acuerdos adoptados por mayoría absoluta de sus miembros) en el plazo de un mes a partir del momento de la recepción de la solicitud (15 días si se solicitan con carácter de urgencia); transcurrido este plazo, se entiende que no existe ninguna objeción. Dichos dictámenes no podrán ser remitidos, para informe ulterior, a ningún otro órgano u organismo de la Comunidad Autónoma.

### **III.2. Composición.**

El Consejo Consultivo de Galicia tendrá un Presidente o Presidenta elegido por y entre las consejeras y los consejeros electivos en votación secreta y por mayoría absoluta. Estará asistido por un secretario general, con voz pero sin voto, perteneciente al cuerpo de letrados del propio Consejo (los letrados del Consejo tendrán como misión el estudio, la preparación y la redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a la consulta).

El Consejo Consultivo de Galicia está integrado por consejeras y consejeros natos y consejeras y consejeros electivos.

● Son consejeros/-as natos (con un mandato por un período de seis años, si tuvieron la condición de Presidenta o Presidente durante cuatro o menos años, o por un período de doce años, si tuvieron la condición de Presidenta

o Presidente durante más de cuatro años) las ex presidentas y los ex presidentes de la Xunta de Galicia.

● Son consejeras y consejeros electivos las cinco personas nombradas por decreto de la Presidenta o del Presidente de la Xunta de Galicia, oído el Consello da Xunta, entre:

1. Juristas de reconocido prestigio, con más de diez años de experiencia profesional efectiva.
2. Altos cargos y funcionarias y funcionarios de las administraciones públicas, con la licenciatura en derecho, con más de diez años de experiencia.

Los/las consejeros/-as perderán su condición:

1. Por renuncia.
2. Por extinción de su mandato al expirar el plazo.
3. Por incapacidad permanente declarada por resolución judicial firme.
4. Por inhabilitación judicial para el ejercicio de cargo público declarada en sentencia firme.
5. Por condena por delito doloso en sentencia firme.
5. Por fallecimiento.
6. Por incumplimiento grave de los deberes de consejero/-a y por incompatibilidad sobrevenida. La condición de consejero será incompatible con:

a) La de diputado del Parlamento de Galicia.

b) La de miembro del Congreso de los Diputados o del Senado.

c) La de magistrado del Tribunal Constitucional.

d) La de defensor del pueblo, valedor y vicevaledor do pobo o cargos homónimos de una Comunidad Autónoma.

y) La de miembro del Consejo de Cuentas.

f) La de cualquier cargo político o administrativo del Estado, comunidades autónomas o entidades locales.

g) Funciones directivas en partidos políticos, sindicatos de trabajadores o asociaciones de empresarios.

h) Cargos de toda índole en empresas concesionarias, contratistas, arrendatarios o administradores de obras o servicios públicos, cualquiera que sea su ámbito territorial.

i) La de miembro de cualquier órgano asesor de la Xunta.

j) El ejercicio de las carreras judicial o fiscal o de la abogacía.

k) Cualquier actividad profesional o mercantil.

### **III.3. Funcionamiento y competencias**

El Consejo Consultivo de Galicia, excepto para los asuntos que son competencia del Pleno, funcionará a través de Secciones.

El Consejo Consultivo de Galicia será consultado preceptivamente en los supuestos siguientes:

a) En Pleno:

1. Proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia y proyectos de legislación delegada a que se refiere el artículo 10.1.a) del Estatuto de Autonomía de Galicia. Es decir, la competencia del



Consejo Consultivo de Galicia, a diferencia de los de otras comunidades, no alcanza los informes sobre los restantes proyectos de ley.

2. Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas, según los artículos 145.2, inciso primero, de la Constitución y 35.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Galicia.

3. Reglamentos que se dicten en ejecución de leyes, así como sus modificaciones. Es decir, la competencia del Consejo no alcanza el informe de los reglamentos organizativos o internos. Puede resultar esclarecedora la Sentencia del 1 de diciembre de 1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSXG que estima el origen de la impugnación del decreto autonómico por el que se determinan los horarios mínimos de apertura de farmacias, por ausencia del informe preceptivo del Consejo Consultivo de la comunidad autónoma.

4. Conflictos de atribuciones que se susciten entre las diversas consejerías y entre otros altos organismos e instituciones de la Comunidad Autónoma.

5. La creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales.

6 Cese de sus miembros.

b) En Secciones (cada Sección estará compuesta por lo menos por tres Consejeros/-as, asistida por un letrado que actuará como secretario de la misma):

1. Recursos administrativos de revisión.

2. Revisión de oficio o por petición del interesado de los actos administrativos en la forma establecida en la Ley de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos en la forma establecida en la Ley de Contratos del Sector Público. Resulta interesante la Sentencia del 28 de noviembre de 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSXG (LA LEY 199834/2002), que declara la improcedencia de la modificación de un contrato de limpieza viaria, por ser preceptivo el informe del Consejo Consultivo.

4. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas cualquiera que sea su objeto, en los casos en que así lo exijan las normas aplicables.

5. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 1.500 euros.

6. En general, en todos aquellos supuestos en que así lo establezca una legislación específica.

## **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 Enterria, 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/BibliotecaInstitucional/Regulamento\\_do\\_Parlamento\\_de\\_Galicia.PDF](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInstitucional/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**

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

## **TEMA 5**

### **EI PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. FUNCIONES DEL PARLAMENTO. EI 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, del 4 de enero de 1995) 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, del 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, del 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.

### **1.2.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/-la presidente/-a del Parlamento, dos vicepresidentes/-as, un/una secretario/-a y un/una vicesecretario/-a. 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/-a, del/-de la secretario/-a o vicesecretario/-a y del/de la letrado/-a 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/las diputados/-as 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 ejercita 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.

## **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, ni 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.

● 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 escaños.

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. Los partidos políticos que consiguieran entre 5% y el 15% de los votos emitidos en las anteriores elecciones tendrán el doble del tiempo mínimo. Tendrán el triple del tiempo mínimo aquellas formaciones políticas que obtuvieran más del 15 % de los votos válidamente emitidos. En todo caso, no se debe confundir los referidos espacios de publicidad electoral con la campaña institucional destinada a informar y fomentar la participación de los electores en la votación, sin influir en la orientación del voto.

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 (con las cuantías actualizadas por la Orden del 7 de enero de 2009 (DOG núm. 6, del 9 de enero), son las siguientes:

- Subvención de diecinueve mil cuatrocientos trece euros y sesenta y seis céntimos (19.413,66 euros), por cada escaño obtenido.
- Subvención de setenta y dos céntimos (0,72 euros), por cada uno de los votos conseguidos por cada candidatura, si por lo menos uno de los miembros de ella obtuvo escaño de diputado.
- Subvenciones por los gastos ocasionados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o propaganda y publicidad electoral, a razón de veinte céntimos de euro (0,20 euros) por elector, siempre que la candidatura obtenga representación.

#### **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/una secretario/-a: el/la letrado/-a 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).

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 esta 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 postulen 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) y por la Ley 8/2008, del 10 de julio (*DOG* núm. 143, del 24 de julio). 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.

## **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.

● González-Aires 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/BibliotecaInstitucional/Reglamento\\_do\\_Parlamento\\_de\\_Galicia.PDF](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInstitucional/Reglamento_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/ContenidosGal/pargal\\_II\\_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidosGal/pargal_II_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1)

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

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

## **TEMA 6**

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

#### **Las competencias de la Comunidad autónoma de Galicia en el Estatuto de Autonomía**

El título II del Estatuto de Autonomía de Galicia, rotulado “De las competencias de Galicia”, enumera las competencias asumidas por la Comunidad autónoma de Galicia y regula el régimen jurídico de su ejercicio.

El capítulo I de dicho título, “De las competencias en general” (artículos 27 al 36), enuncia las competencias de la Comunidad autónoma a través de cuatro listas:

- Competencias exclusivas.
- Competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado.
- Competencias de ejecución de la legislación del Estado.
- Competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado.

Además, se regulan de manera singular las competencias autonómicas en materias como la educación, la cultura, sanidad y Seguridad Social, y 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 autónoma implicadas y su celebración debe ser 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, de conformidad con 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 presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permita el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que la Comunidad mantenga particulares vínculos culturales o lingüísticos (artículo 35.3 del Estatuto).

Por último, 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 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.

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, lo 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 ha matizado 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 el mismo 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 de conformidad con 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 exclusiva 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 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 pueden atribuirse a distintos titulares, de manera 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 atribuye a un titular determinado”.

El artículo 27 del Estatuto enumera hasta 31 materias sobre las cuales se 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 correspondan a la Comunidad autónoma al amparo del artículo 149.1.18ª, de la Constitución y su desarrollo.

En realidad, hay que advertir que éstas son competencias de desarrollo legislativo y ejecución, porque el artículo 149.1.18ª de la Constitución atribuye el 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 149.1.6ª de la Constitución 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 149.1.18ª 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 149.1.24ª 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 incorporados 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 149.1.21ª 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 149.1.20ª 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 149.1.23ª de la Constitución.

En realidad, es una competencia de desarrollo legislativo y ejecución, puesto que ese precepto constitucional atribuye al Estado competencia sobre la legislación básica de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

- Régimen jurídico de los montes vecinales en mano 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 149.1.22ª de la Constitución.

Según dicho precepto constitucional, corresponde 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 149.1.22ª y 25ª, de la Constitución.

En particular, este último precepto constitucional 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 149.1.22ª de la Constitución.

Hay que recordar que la Comunidad autónoma sólo tiene competencias sobre los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por su territorio y, en cuanto 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 149.1.28ª 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 149.1.28ª de la Constitución, 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 Autónoma.

- 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 corresponde 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 adecuada 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 149.1.29ª de la Constitución.

Este último precepto 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 149.1.6ª 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 149.1.18ª de la Constitución 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 ambiente y del paisaje en los términos del artículo 149.1.23ª.

Esta competencia es también de desarrollo legislativo y ejecución, porque ese precepto constitucional atribuye al Estado competencia sobre legislación básica sobre protección del medio

ambiente.

- 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 puedan verse afectadas por la competencia “horizontal” que el artículo 149.1.13ª de la Constitución 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, puesto que el artículo 149.1.11<sup>a</sup> 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 ordena en la Constitución, en términos de principio, bien atribuyendo al Estado central la competencia legislativa y permitiendo la atribución a las Comunidades Autónomas de las competencias de ejecución, bien confiando al primero el establecimiento de normas legales básicas y haciendo posible que las Comunidades Autónomas desarrollen legislativamente dichas bases y sean titulares de las correspondientes potestades de reglamentación y ejecución de la legalidad desarrollada” (fundamento jurídico 60).

En particular, por lo que se refiere a los supuestos en 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 deben fijarse 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 e incluso 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 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 corresponde en estas materias, según el artículo 149.1.18ª de la Constitución, 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.

- 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 149.1.18ª de la Constitución.

- Régimen minero y energético.

El artículo 149.1.25ª 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 la competencia exclusiva sobre pesca marítima según el artículo 149.1.19ª de la Constitución, pero sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se 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:

- Los 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 puede considerarse 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 atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª 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 atribuyen a la Comunidad autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica estatal:

- Sanidad interior.

El artículo 149.1.16ª de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

- Seguridad Social, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.

El artículo 149.1.17ª 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 149.1.27ª 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 correspondan a las Comunidades autónomas.

### **Competencias de ejecución de la legislación del Estado**

Por lo que se refiere a la atribución a las Comunidades autónomas de competencias de ejecución de la legislación del Estado, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 ha reafirmado “la doctrina constitucional que tradicionalmente ha incluido 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 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 149.1.7ª 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 149.1.9ª 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 a 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 a 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 ambiente, recogida en el artículo 149.1.23ª.

También son competencias de ejecución de la legislación estatal las que el artículo 33 del Estatuto 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.

Debe recordarse a este respecto que el artículo 149.1.17ª 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 149.1.16ª de la Constitución.

LUIS MIGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

*Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, dirigidos por José Luis Carro Fernández-Valmayor, MAP, Madrid, 1991.

MEILÁN GIL, Xosé Luis, 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.

# **7. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA. SU ORGANIZACIÓN. LAS DELEGACIONES DE GALICIA EN EL EXTERIOR.**

## **TEMA 7**

# **LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: 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.

Es particularmente el artículo 148.1.1 de la Constitución quien habilita la creación de una Administración Pública propia de las Comunidades Autónomas, cuando establece como competencia exclusiva de estas *"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 estas 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 integra a su vez 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.

Este 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.

De esta forma la Administración de las Comunidades Autónomas aparece hoy consolidada conforme a un modelo que MUÑOZ MACHADO ha calificado de “institucional burocrático”, frente al criterio del Tribunal

Constitucional cuando calificaba a las Comunidades Autónomas como “Corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política” (Sentencia de 14 de julio de 1981), naturaleza corporativa que sí atribuye, en cambio, a los entes locales .

## **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”*.

En el transcrito artículo se concretan los elementos esenciales que configuran una administración pública que, siendo comunes, ello determina que el régimen jurídico de la administración de las Comunidades Autónomas sea en esencia idéntico al de la Administración General del Estado, que sirvió a aquellas de referente inicial.

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 estas 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 este 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 ( expropiación forzosa, contratos y concesiones. ) 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 Presidente, antes citada, la que recogió, en línea similar dichos principios y 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

Pues bien, la ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, ha sido la que posteriormente ha materializado dicho principio

constitucional mediante la adaptación normativa del régimen jurídico de las Administraciones.

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. 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 30/92 recoge, de alguna manera la concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija 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.

La Constitución determina la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su propia organización pero, añadidamente, como 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, por tanto aplicable a todo el territorio y que haya sido establecido como tal.

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.

De esta forma la Ley 30/92 resulta de aplicación a todas las Administraciones Públicas, siendo de inicio concebida de acuerdo con el señalado esquema de distribución constitucional de competencias. Su objetivo, como el de las normas que le precedieron, es el de reunir en un texto único que garantice una actuación común de las Administraciones Públicas en garantía de los particulares. Así pues, la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos, adquiere un carácter fundamentalmente instrumental.

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 GALLEGA**

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 Junta 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, 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 y, parciales en cuanto a su contenido, y asistemáticas; por tanto, a todas luces insuficiente, en relación con el 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, de 17 de diciembre, 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 dijimos, aparece sectorialmente organizada según las diferentes áreas de actividad pública, repartidas entre órganos de un mismo nivel jerárquico, denominados Consejerías 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 atribuída, 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, comprendiendo 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 indicó 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 o conselleiras 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 o conselleiras 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, que es nombrada por decreto del Consello de la Xunta.

La titular o titular 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 la conselleira o 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 29º de la Ley 16/2010. Estas últimas tendrán dependencia funcional de la Presidencia y dependencia orgánica de la conselleira o 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 o conselleira y de las distintas áreas o direcciones que integran las consellerías y que, fundamentalmente, centralizan la gestión administrativa común de esta ( 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 de la conselleira o conselleiro, cuyo titular desempeña, como más importantes 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 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, son las unidades orgánicas básicas sectoriales en que se divide un departamento o consellería. Su titular es un director o directora 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 desta, 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.

Examinados los órganos superiores de las consellerías hay que señalar finalmente, que de acuerdo con el Decreto 79/2009, de 19 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Xunta de Galicia, las consellerías son en la actualidad las siguientes:

1. Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia.
2. Consellería de Facenda.
3. Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras.
4. Consellería de Economía e Industria.
5. Consellería de Educación y Ordenación Universitaria.
6. Consellería de Sanidad.
7. Consellería de Cultura y Turismo.
8. Consellería de Trabajo y Bienestar.

9. Consellería de Medio Rural.
10. Consellería do Mar.

Según la citada norma, el orden de prelación de los departamentos de la Xunta de Galicia se ajustará al descrito.

Hay que recordar además que los centros directivos directamente dependientes del Presidente de la Xunta, vienen determinados en la actualidad por el Decreto 82/2009, de 21 de abril.

En dicha norma se señalan como tales los siguientes órganos:

1. La Secretaría General de la Presidencia, de la que depende la Dirección General del Gabinete de la Presidencia
2. La Asesoría Jurídica General, con nivel orgánico de Dirección General.
3. La Secretaría General de Medios, a la que está adscrito el ente público Compañía de Radio-Televisión de Galicia y de la que depende la Dirección General de Comunicación.
4. La Secretaría General de Igualdad.
5. La Secretaría General de Emigración.
6. La Secretaría General para el Deporte.
7. La Secretaría General de Modernización e Innovación Tecnológica.

Dentro de la estructura orgánica de la Xunta encontramos 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: que se relacionan a continuación: 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 o delegada, 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:

- a) Representar a la Xunta.
- b) Mantener las necesarias relaciones de cooperación y, en su caso, coordinación, con la Administración del Estado, los entes locales y otros organismos públicos.
- c) 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.
- d) 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 o delegada en el

ejercicio de sus competencias generales, a quien sustituye en caso de vacante, ausencia o enfermedad.

b) Jefaturas territoriales, que 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 o delegada territorial para el impulso y coordinación del funcionamiento del conjunto de los departamentos de la delegación territorial. Está presidida por el delegado o delegada territorial y forman parte de ella los jefes o jefas territoriales y el secretario o secretaria territorial, quien actúa como secretario/a de la comisión.

Son órganos superiores de la delegación territorial el delegado o delegada 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, mayormente, 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.

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 o delegada 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 o delegada 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 Luís. ***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.
- Morell Ocaña, Luis.: ***Curso de Derecho Administrativo***. Tomo I. Aranzadi Editorial. Pamplona 1996.

Juan José Gallego Fouz

## **8. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA.**

## **Tema 8**

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

#### **LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA**

##### ***1.- CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES***

###### **1.1.- CONCEPTO**

Empleando una terminología convencional, presente desde hace tiempo en el Derecho Administrativo español, se denomina “Ente matriz” al Ente que crea otro para que realice funciones o tareas específicas cuyo desarrollo, en principio, le asignó el Ordenamiento jurídico a él y “Ente instrumental” al Ente creado con el fin de desarrollar dichas funciones o tareas.

Estas funciones o tareas específicas pueden tener naturaleza pública –como el ejercicio de competencias propias de la Administración matriz o la erogación de servicios de su titularidad– o naturaleza privada –como, por ejemplo, la realización de actividades de mercado.

El papel de Administraciones matrices le corresponde, esencialmente, a las Administraciones territoriales, ya que son éstas las que, de modo directo o indirecto, crean otros sujetos, de naturaleza tanto pública como privada, con el fin de que desarrollen en su lugar concretas actividades de su competencia.

###### **1.2.- TIPOS**

El artículo 45 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia (en adelante, LOFAGGA), distingue dos tipos de entidades instrumentales en el sector público gallego:

a) Las Entidades públicas instrumentales:

- Organismos autónomos.
- Agencias públicas autonómicas.
- Entidades públicas empresariales.
- Consortios autonómicos.

b) Otras entidades instrumentales:

- Sociedades mercantiles públicas autonómicas.
- Fundaciones del sector público autonómico.

### **1.3.- CARACTERES**

De conformidad con el artículo 46 de la LOFAGGA, las entidades instrumentales tienen personalidad jurídica propia y diferenciada respecto de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuentan con patrimonio y tesorería propios y gozan de autonomía de gestión.

Deberán ajustarse al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que les asigne su norma de creación, que, tendrán, en todo caso, la consideración de fines y objetivos propios de la Comunidad Autónoma de Galicia.

### **1.4.- CREACIÓN**

Sólo se podrán crear estas entidades cuando las especiales características de las actividades que se les encomienden o razones de eficacia justifiquen la organización y el desarrollo de tales actividades en

régimen de descentralización funcional que permita autonomía de gestión y mayor proximidad a la ciudadanía.

La LOFAGGA establece, además, la previsión de que la creación de nuevas entidades instrumentales del sector público autonómico no supondrá, en ningún caso, la duplicación de los servicios públicos que ya sean prestados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, ya que dicha creación irá acompañada de las previsiones necesarias para suprimir o restringir debidamente la competencia de otros órganos o de otras entidades preexistentes.

### **1.5.- RÉGIMEN DE PERSONAL Y DE CONTRATACIÓN**

En cuanto al régimen aplicable a su personal, la LOFAGGA establece una serie de precisiones, entre las que hay que destacar:

- Le será de aplicación, en su ámbito respectivo, lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto básico del empleado público en relación con las materias objeto de negociación (artículo 46.5).
- Las distintas clases de personal, tanto funcionario como laboral, que pasen a prestar servicios en los entes instrumentales del sector público autonómico mantendrán el régimen jurídico de origen, sin perjuicio de los procesos de integración que se lleven a cabo de acuerdo con la normativa correspondiente. Se respetará el supuesto del personal laboral susceptible de ser incluido, por sus características, en los procesos de funcionarización que de acuerdo con la Ley de la función pública gallega se deban implementar (artículo 46.7).

En materia de contratación, las entidades instrumentales integrantes del sector público autonómico se regirán por las normas generales de contratación del sector público, en función de la calificación que les corresponda en virtud del ámbito subjetivo de la normativa básica estatal (artículo 51 LOFAGGA).

## **2.- LOS ENTES INSTRUMENTALES COMO MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

El artículo 47 de la LOFAGGA determina que para los efectos previstos en el artículo 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), las entidades instrumentales tendrán 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 aquellos 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.

Así, de acuerdo con el artículo 24.6 de la LCSP, esta condición de medio propio o servicio técnico determinará, para las entidades instrumentales, la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medio propio o servicio técnico, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, se les pueda encargar la ejecución de la prestación objeto de aquellas.

El carácter de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia comportará para estas entidades, de acuerdo con lo previsto en la legislación de contratos del sector público, la obligación de ejecutar, de acuerdo con las instrucciones que se dicten, las encomiendas o los 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, retribuyéndose mediante las tarifas sujetas al régimen previsto en el artículo 50 de la LOFAGGA.

Estamos, por tanto, en presencia de una relación de naturaleza instrumental y no contractual que, a todos los efectos, tiene carácter



interno, dependiente y subordinado, tal y como se refleja claramente en el artículo 48 de la LOFAGGA, que permite a la consellería o al departamento al que esté adscrita la entidad instrumental, o que tenga atribuída su tutela funcional, dictar instrucciones sobre la forma de realización de los encargos, supervisar su realización, así como determinar las prioridades de actuación del medio propio en su realización. 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 consellería o del departamento o adscritos a éstos, deberá autorizarlas previamente.

El artículo 49 de la LOFAGGA exige que el medio propio -la entidad instrumental- disponga de la estructura y de los servicios técnicos suficientes para hacerse responsable de la organización y gestión de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones encargadas así como de su calidad técnica. Este extremo deberá ser justificado por la entidad encomendante en el expediente tramitado para la realización de cada encomienda. Para los efectos de la legislación de contratos del sector público, el medio propio siempre tendrá la consideración de poder adjudicador en los contratos que deba celebrar para la realización de las prestaciones objeto del encargo.

### **3.- ENTES PÚBLICOS INSTRUMENTALES EN GENERAL**

#### **3.1.- PERSONIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA**

De acuerdo con el artículo 57 de la LOFAGGA, las entidades públicas instrumentales tienen personalidad jurídica propia diferenciada respecto de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, y dentro de la esfera de su competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines.

Cada entidad pública instrumental se adscribe directamente, o a través de otra entidad instrumental, a la consellería o al órgano competente por razón de la materia, de acuerdo con lo que determine su norma de creación (artículo 56 LOFAGGA).

En cuanto a su tipología, según lo dispuesto en el artículo 67 de la LOFAGGA, las entidades públicas instrumentales adoptarán la forma de: organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales o consorcios.

### **3.2.- CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN**

#### ***3.2.1.- CREACIÓN***

Según el artículo 54 de la LOFAGGA, la creación de entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico, excepto en el caso de los consorcios, requiere autorización por ley.

Tras la aprobación de la ley por la que se autoriza la creación de la entidad instrumental, se procederá a su creación y a la aprobación de sus estatutos por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería de adscripción, previo informe favorable de las consellerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda.

#### ***3.2.2.- MODIFICACIÓN***

De conformidad con el artículo 55 de la LOFAGGA, la modificación de los estatutos de las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico se llevará a cabo por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería de adscripción, previo informe favorable de las consellerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda. Cuando la modificación propuesta afecte a los contenidos incluidos dentro del ámbito de materias enunciadas en el

artículo 37 del Estatuto básico del empleado público, será negociada con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

### *3.2.3- EXTINCIÓN*

La extinción de las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico se llevará a cabo en los términos previstos en la ley que autoriza su creación o, ante la falta de previsión expresa de ésta, por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería de adscripción, previo informe favorable de las consellerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda. Estas disposiciones determinarán el destino de los bienes, de los derechos y de las obligaciones del organismo así como las medidas aplicables a sus empleados en el marco de la legislación reguladora de cada tipo de personal (artículo 55.2 LOFAGGA).

## **3.3.- ORGANIZACIÓN**

Según el artículo 63 de la LOFAGGA, en toda entidad pública instrumental deberá existir un órgano superior colegiado de gobierno denominado «consejo rector» y un órgano unipersonal de gobierno al que le corresponderá la presidencia de la entidad y del propio consejo rector.

La composición del consejo rector y las funciones de éste y del presidente serán determinadas en la normativa específica de cada entidad.

Por debajo del consejo rector y de su presidente existirá la estructura administrativa que en cada caso determine la normativa específica de cada entidad.

### *3.3.1.- ÓRGANOS DE GOBIERNO*

Los órganos de gobierno son la presidencia y el consejo rector, si bien en el estatuto de cada entidad se podrán prever otros órganos de gobierno con atribuciones distintas y, en todo caso, subordinadas a las del consejo rector (artículo 64 LOFAGGA).

La presidencia le corresponderá a la persona titular de la consellería de adscripción, si bien en el estatuto de la entidad podrá establecerse la posibilidad de que el Consello de la Xunta nombre otra persona para desempeñar el cargo, a propuesta de la persona titular de la consellería de adscripción.

La composición del consejo rector y el régimen aplicable a sus miembros se establecerá en el estatuto de cada entidad, respetando, en todo caso, las reglas previstas en el artículo 64.3 de la LOFAGGA

El Consejo Rector ejercerá las funciones que se le atribuyan en el estatuto de cada entidad, si bien el artículo 64.4 de la LOFAGGA establece las atribuciones que, como mínimo, le corresponden.

### *3.3.2.- ÓRGANOS EJECUTIVOS*

De conformidad con el artículo 65 de la LOFAGGA, la dirección de la entidad es su órgano ejecutivo.

La persona titular de la dirección de los organismos autónomos será nombrada y separada por decreto del Consello de la Xunta.

En el caso de las entidades públicas empresariales y de las agencias públicas autonómicas, los titulares de la dirección serán nombrados y separados por el Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la persona titular de la consellería de adscripción, entre personas que reúnan la calificación necesaria para el cargo, según determine el estatuto de cada entidad.

La persona titular de la dirección será responsable de la gestión ordinaria de la entidad y ejercerá las competencias inherentes a dicha dirección, así como las que expresamente le atribuya la ley y los estatutos y las que le delegue el consejo rector.

### **3.4.- PERSONAL**

El personal al servicio de las entidades integrantes del sector público autonómico podrá ser funcionario, estatutario o laboral, de acuerdo con lo previsto en la LOFAGGA y en la normativa aplicable a los empleados públicos y estará sujeto al régimen de incompatibilidades que derive de su condición (artículo 58 LOFAGGA).

### **3.5.- PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN**

El régimen patrimonial de las entidades públicas instrumentales será el determinado por la Ley de patrimonio de la Comunidad Autónoma y demás normativa que le sea de aplicación (artículo 61 LOFAGGA).

El órgano de contratación de la entidad instrumental será el fijado por sus estatutos, además la persona titular de la consellería de adscripción podrá fijar la duración o cuantía a partir de la cual sea necesaria su autorización para la celebración de contratos, excepto que dicha autorización le corresponda al Consello de la Xunta (artículo 62 LOFAGGA).

Además, en materia de contratación, deberá tenerse en cuenta que según la Disposición Adicional Séptima de la LOFAGGA, las entidades públicas empresariales tienen el carácter de organismos asimilados a las entidades públicas empresariales estatales, para los efectos de lo previsto en el último párrafo del artículo 3.2 de la LCSP.

### **3.6.- IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RECLAMACIONES**

Los actos administrativos de los órganos de las entidades públicas instrumentales son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la legislación básica sobre régimen jurídico de las administraciones públicas. Los actos dictados por el consejo rector o por el presidente agotan la vía administrativa, excepto que su ley de autorización específica prevea la posibilidad de recurso de alzada, impropio ante un órgano de la consellería de adscripción (artículo 66 LOFAGGA).

Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales, serán resueltas por el consejo rector, excepto que en su normativa específica se le asigne tal competencia a un órgano de la consellería de adscripción.

#### **4.- ENTIDADES PÚBLICAS INSTRUMENTALES EN PARTICULAR**

##### **4.1.- LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS**

###### *4.1.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*

De acuerdo con el artículo 68 de la LOFAGGA, los organismos autónomos son entidades públicas instrumentales cuya organización y funcionamiento se regulan por el derecho administrativo, y que se someten al derecho privado sólo en aquellos casos en los que corresponda, de acuerdo con la normativa general o sectorial aplicable.

Estas entidades instrumentales, conforme a su normativa específica, podrán ejercer actividades de intervención, de fomento, de gestión de servicios públicos o de apoyo a la función administrativa en régimen de descentralización funcional.

###### *4.1.2.- FUNCIONAMIENTO*

La actividad de los organismos autónomos se desarrollará conforme al plan anual de actuación de cada uno de ellos, que será aprobado por orden de la consellería de adscripción dentro del marco del programa plurianual de esta última, contando con el informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda, según lo establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 70 LOFAGGA).

El contenido del plan de actuación se determinará reglamentariamente, debiendo incluir, en todo caso:

- a) Los objetivos y resultados que deban ser conseguidos por el organismo.
- b) Los recursos personales, materiales y presupuestarios necesarios para la consecución de los objetivos y resultados fijados.

#### *4.1.3.- PERSONAL*

El personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario, estatutario o laboral, en los mismos términos establecidos para la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 69 LOFAGGA).

A la contratación de personal laboral fijo al servicio de los organismos autónomos le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección; b) Bases de las convocatorias y c) Pruebas de selección.

Se fijará en los estatutos el órgano que tenga atribuidas las competencias internas en materia de gestión de recursos humanos.

En cuanto a las relaciones de puestos de trabajo de los organismos autónomos, éstas serán aprobadas por la Xunta de Galicia conforme a la normativa aplicable en la materia y luego de negociación con las

organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

## **4.2.- LAS AGENCIAS PÚBLICAS AUTONÓMICAS**

### *4.2.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*

El artículo 74 de la LOFAGGA define las agencias públicas autonómicas como aquellas entidades a las que, para el cumplimiento de programas específicos correspondientes a políticas públicas de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, se les encomienda la realización de actividades en régimen de descentralización funcional y gestión por objetivos.

El régimen jurídico interno de las agencias públicas autonómicas se regirá por el derecho administrativo; y el régimen jurídico externo, por el derecho privado o por el derecho administrativo, según determinen sus leyes de creación y la normativa general aplicable, pudiendo integrar sus normas específicas elementos de régimen jurídico propios de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales.

Los presupuestos de las agencias públicas autonómicas tendrán carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas, excepto los correspondientes a gastos de personal y capital que, en todo caso, tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total.

Finalmente la LOFAGGA permite que la persona titular de la presidencia de cada agencia autonómica, en calidad de máxima representación de la entidad, suscriba con entidades públicas y privadas convenios de colaboración excluidos de la legislación de contratos del sector público en nombre de la entidad que preside.

### *4.2.2.- FUNCIONAMIENTO*



La actuación de las agencias públicas autonómicas se sujetará al principio y a los mecanismos de gestión transparente por objetivos, que son: el contrato plurianual de gestión, el plan de acción anual, el informe de actividad y las cuentas anuales (artículo 74.4 LOFAGGA).

El contrato plurianual de gestión, según el artículo 80 de la LOFAGGA, deberá establecer, entre otros, y para el período de su vigencia, los siguientes aspectos:

- 1) Los objetivos que se persigan, los resultados que se pretendan alcanzar y, en general, la gestión que se va a desarrollar.
- 2) Los planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales correspondientes y de los proyectos asociados a cada una de las estrategias y sus plazos temporales, así como los indicadores para evaluar los resultados obtenidos.
- 3) Las previsiones máximas de personal y el marco de actuación en materia de gestión de recursos humanos.
- 4) Los recursos personales, materiales y presupuestarios que es necesario destinar para la consecución de los objetivos.
- 5) Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos en lo que atañe a la exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y del personal directivo, debiendo determinar los mecanismos que permitan la exigencia de dichas responsabilidades.
- 6) La cuantía de la masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral, se fijará según lo establecido en la Ley de la función pública y en las leyes anuales de presupuestos de la Comunidad Autónoma. Esta cuantía estará vinculada estrictamente al grado de cumplimiento de los objetivos fijados, con el informe previo favorable de las direcciones generales competentes en materia

de función pública y de presupuestos, en los términos aprobados en el contrato plurianual de gestión.

- 7) El procedimiento que se seguirá para la cobertura de los déficits anuales que, en su caso, se pudieren producir por insuficiencia de los ingresos reales respecto de los estimados y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que se deban seguir de tales déficits.
- 8) El procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan.

El consejo rector de cada agencia aprobará la propuesta del primer contrato plurianual de gestión en el plazo de tres meses desde su constitución. Los posteriores contratos plurianuales de gestión se presentarán en el último trimestre de vigencia del anterior.

La aprobación del contrato plurianual de gestión tendrá lugar por acuerdo del Consello de la Xunta, a propuesta de las consellerías de adscripción y de las competentes en las materias de administraciones públicas y de hacienda, en un plazo máximo de tres meses contados desde su presentación.

#### *4.2.3.- PERSONAL*

El personal de las agencias públicas autonómicas estará constituido por personal funcionario, estatutario y/o laboral de la Xunta de Galicia y, en su caso, por personal laboral propio (artículo 75 LOFAGGA).

### **4.3.- LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES**

#### *4.3.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*

Las entidades públicas empresariales son entes instrumentales a los que se les encomienda la realización, conforme criterios de gestión

empresarial, de actividades prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 89 LOFAGGA).

Su organización y su régimen jurídico interno se regularán por el derecho administrativo, y su régimen jurídico externo por el derecho privado, excepto en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente previstos en normas con rango de ley.

#### *4.3.2.- FUNCIONAMIENTO*

De conformidad con el artículo 91 de la LOFAGGA, la actividad de las entidades públicas empresariales se desarrollará de acuerdo con el plan anual de actuación de cada una de ellas, que será aprobado por orden de la consellería de adscripción, dentro del marco del programa plurianual de esta última, previo informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda, conforme a lo establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El contenido del plan de actuación se determinará reglamentariamente, debiendo incluir en todo caso:

- a) Los objetivos y resultados que deban ser alcanzados por el organismo.
- b) Los recursos personales, materiales y presupuestarios necesarios para la consecución de los objetivos y resultados fijados.

#### *4.3.3.- PERSONAL*

El personal de las entidades públicas empresariales se sujetará al régimen previsto en el artículo 58 de la LOFAGGA, que ya fue objeto de análisis en el punto 3.4 del presente tema.

## **4.4.- LOS CONSORCIOS**

### *4.4.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*

La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia podrá constituir, mediante convenio, consorcios con otras administraciones públicas para la gestión de servicios de su competencia o para la consecución de fines de interés común, así como con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de la Xunta de Galicia, para la realización de éstos.

Según el artículo 95 de la LOFAGGA, tienen la consideración de consorcios autonómicos aquellos consorcios en los que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, directamente o a través de las entidades instrumentales, proporcionara mayoritariamente los medios necesarios para su constitución y funcionamiento o se comprometiese, en el momento de su constitución, a financiarlos mayoritariamente, siempre que la actuación de sus órganos de dirección y gobierno esté sujeta al poder de decisión de la Administración general de la Comunidad Autónoma o de otra entidad instrumental.

Los consorcios autonómicos son entidades instrumentales de la Administración general de la Comunidad Autónoma dotadas de personalidad jurídica propia, que sujetan su actividad a las normas que rigen la organización, el funcionamiento y la actuación de las administraciones públicas, así como a lo establecido en su convenio de creación y en su estatuto.

En sus estatutos determinarán la consellería de adscripción, sus fines, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero. En todo caso, deberá garantizarse la presencia mayoritaria del sector público, en los órganos de los que se dote el consorcio.

Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrá utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las administraciones consorciadas.

#### *4.4.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN*

Según el artículo 96 de la LOFAGGA, la propuesta de convenio de constitución del consorcio y de sus estatutos será planteada por la consellería a la que vaya a quedar adscrito, luego de negociación con las demás administraciones públicas y entidades con que se pretenda constituir el consorcio, e irá acompañada de una memoria en la que se concretarán los aspectos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAGGA y de un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAGGA. Por acuerdo del Consello de la Xunta se autorizará la firma del convenio de constitución. Cuando los consorcios vayan a quedar adscritos a un órgano dependiente de la Presidencia, le corresponderá a éste la tramitación del convenio.

Finalmente, el Consello de la Xunta aprobará, mediante decreto, la constitución del consorcio y sus estatutos, a propuesta de la consellería a la que se hace referencia en el punto anterior.

La modificación de los estatutos se llevará a cabo por decreto del Consello de la Xunta, luego del acuerdo del órgano competente del consorcio, a propuesta de la consellería de adscripción.

Los estatutos establecerán las causas de disolución del consorcio, que requerirá decreto del Consello de la Xunta de Galicia, luego del acuerdo del órgano competente del consorcio.

Reglamentariamente se establecerán el procedimiento y las reglas que se deberán observar para la constitución de los consorcios autonómicos y para la elaboración de sus estatutos, así como para su modificación y disolución.

#### *4.4.3.- FUNCIONAMIENTO*

El estatuto de cada consorcio autonómico determinará sus fines, así como su régimen orgánico y funcional (artículo 97 LOFAGGA).

Los órganos colegiados de gobierno de los consorcios autonómicos estarán integrados por representantes de todas las administraciones públicas y entidades consorciadas, en la proporción que se fije en el estatuto respectivo, garantizando, en todo caso, el voto mayoritario de la representación de la Xunta de Galicia en todos los órganos colegiados de los que se dote el consorcio.

Para la gestión de los servicios que se les encomienden, los consorcios autonómicos podrán utilizar cualquiera de las formas de gestión de los servicios públicos previstas por el ordenamiento jurídico.

Además, los consorcios podrán ejercer por delegación competencias y potestades administrativas de las administraciones consorciadas si así lo reconociesen sus estatutos.

#### *4.4.4.- PERSONAL*

El personal de los consorcios autonómicos se sujetará al régimen previsto en el artículo 58 de la LOFAGGA.

### **5.- ENTIDADES INSTRUMENTALES CON PERSONALIDAD JURÍDICO-PRIVADA**

#### **5.1.- SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS**

##### *5.1.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*

El artículo 102 de la LOFAGGA define las sociedades mercantiles públicas autonómicas como las sociedades mercantiles, cualquiera que sea la forma que adopten, en cuyo capital social sea mayoritaria la

participación directa o indirecta de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades instrumentales reguladas en esta ley.

Añadiendo que, le serán de aplicación las disposiciones contenidas en la LOFAGGA a las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles autonómicas, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las entidades instrumentales dispongan de la mayoría de los derechos de voto en la sociedad, bien directamente bien mediante acuerdos con otros socios.
- b) Que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las entidades instrumentales reguladas en esta ley tengan derecho a nombrar o a separar la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente bien mediante acuerdos con otros socios.

La Xunta de Galicia podrá participar en el capital de las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su forma u objeto social, cuando el Consello de la Xunta, previo del informe de la Consellería de Facenda, lo considere conveniente para el cumplimiento de finalidades concretas de política económica. Excepto lo dispuesto por normas especiales, la participación de la Xunta no será inferior al 10% ni superior al 50% del capital social de dichas sociedades.

Las sociedades mercantiles autonómicas se registrarán, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de lo establecido en la LOFAGGA, en la legislación de contratos del sector público, en la normativa de subvenciones y en las especialidades previstas en el resto de la normativa aplicable, sin que en ningún caso puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas (artículo 103 LOFAGGA).

### *5.1.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN*

Según el artículo 101 de la LOFAGGA, le corresponderá a la persona titular de la consellería competente por razón de la materia o al órgano de la Presidencia competente por razón de la materia:

- a) La iniciativa para la creación de sociedades mercantiles autonómicas.
- b) La iniciativa de realizar alguna actuación cuyo resultado sea la conversión en una sociedad mercantil autonómica de una entidad previamente existente en el sector privado.

La constitución de las sociedades mercantiles autonómicas deberá ser autorizada, de conformidad con el artículo 104 de la LOFAGGA, por el Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la consellería competente en materia de hacienda, a iniciativa de la consellería o de la entidad interesada, conforme a lo dispuesto en la legislación mercantil que resulte aplicable.

Junto con la propuesta de acuerdo de constitución, se elevarán al Consello de la Xunta el texto de los estatutos de la sociedad que se pretenda constituir, una memoria en la que se concretarán los aspectos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAGGA y un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAGGA.

El acuerdo de autorización de la constitución de la sociedad, adoptado por el Consello de la Xunta, aprobará también los estatutos societarios, que se publicarán en el Diario Oficial de Galicia y por medios electrónicos en la página institucional de la Xunta de Galicia.

Las modificaciones estatutarias requerirán autorización del Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la consellería competente en materia de hacienda, a iniciativa de la consellería o de la entidad interesada, con carácter previo a la aprobación de los acuerdos sociales que deban adoptarse según la legislación mercantil.

Por último, y tal y como debe constar en sus estatutos, la transformación, fusión, escisión y disolución de las sociedades mercantiles autonómicas requerirán autorización del Consello de la Xunta, a propuesta



de la consellería competente en materia de hacienda, a iniciativa de la consellería o de la entidad interesada, con carácter previo a la aprobación de los acuerdos sociales que deberán adoptarse según la legislación mercantil. En caso de disolución, el Consello de la Xunta determinará, en su caso, el destino del haber social (artículo 105 LOFAGGA).

### *5.1.3.- FUNCIONAMIENTO*

El ejercicio de los derechos que le correspondan a la Administración autonómica de Galicia como partícipe en las sociedades mercantiles autonómicas le corresponderá al órgano directivo competente en materia de patrimonio, sin perjuicio de que la persona titular de éste pueda delegar ese ejercicio en un representante de una consellería o de una entidad instrumental de la Comunidad Autónoma de Galicia, con el alcance y con la extensión que se determinen en cada caso (artículo 106 LOFAGGA).

Además, el artículo 107 de la LOFAGGA, exige que en el acuerdo del Consello de la Xunta de autorización de constitución, se determine la consellería o la entidad instrumental de la Comunidad Autónoma de Galicia a la que estará adscrita la sociedad mercantil autonómica para los efectos de ejercer su tutela funcional. En defecto de adscripción expresa, el ejercicio de las facultades relativas a la supervisión de su actividad le corresponderá al órgano directivo de la Administración autonómica competente en materia de patrimonio.

No será necesario acuerdo expreso para los cambios de adscripción que sean consecuencia de los procesos de reestructuración del patrimonio empresarial en la forma prevista en la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La consellería o entidad que ejerza la tutela funcional llevará también a cabo el control de eficacia de las sociedades mercantiles autonómicas que tenga adscritas, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan a la consellería competente en materia de hacienda. La persona titular de la consellería que ejerza directamente la tutela, o de aquella a la que está

adscrita la entidad que la ejerza, será responsable de darle cuenta al Parlamento de Galicia de las actuaciones llevadas a cabo en este ámbito.

Los representantes de la Administración autonómica en las sociedades mercantiles serán designados por la persona titular del órgano directivo de la Administración autonómica competente en materia de patrimonio, a propuesta de la persona titular de la consellería, o de la Presidencia, de la entidad de adscripción, y deberán cumplir las instrucciones que, para el adecuado ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad de las acciones, considere oportuno impartirles la persona titular de la consellería, o de la Presidencia, de la entidad de adscripción (artículo 108 LOFAGGA).

#### *5.1.4.- PERSONAL*

De conformidad con el artículo 110 de la LOFAGGA, el personal de las sociedades mercantiles autonómicas se registrá por lo dispuesto en la disposición adicional primera del Estatuto básico del empleado público, en la normativa autonómica que la desarrolle y por las reglas específicas establecidas en dicho artículo.

## **5.2.- FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO**

### *5.2.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO*

De conformidad con el artículo 113 de la LOFAGGA, son fundaciones del sector público autonómico aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se constituyan, directa o indirectamente, con una aportación mayoritaria o exclusiva de la Administración general

de la Comunidad Autónoma de Galicia y/o de las entidades integrantes del sector público autonómico.

- b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- c) Que sus ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, posea la mayoría o ejerza control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección.

En la constitución, así como en la adquisición del carácter de fundación del sector público autonómico de una fundación preexistente, será necesario que la designación de la mayoría de los miembros del patronato le corresponda a la Administración pública autonómica.

En cuanto a su régimen jurídico, de acuerdo con el artículo 115 de la LOFAGGA, las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de sus fines, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de sus competencias, excepto previsión legal expresa.

El protectorado de estas fundaciones será ejercido por el departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación.

#### *5.2.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN*

Según el artículo 101 de la LOFAGGA, le corresponderá a la persona titular de la consellería competente por razón de la materia o al órgano de la Presidencia competente por razón de la materia:

- a) La iniciativa para la creación de fundaciones del sector público autonómico.

- b) La iniciativa de realizar alguna actuación cuyo resultado sea la conversión en una fundación del sector público autonómico de una entidad previamente existente en el sector privado.

De conformidad con el artículo 114 de la LOFAGGA, se autorizará por acuerdo del Consello de la Xunta:

- La constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma.
- Los actos que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico, o la adquisición de tal carácter por una fundación preexistente.
- El contenido de los estatutos, la designación de la persona o las personas que deban actuar en el acto de constitución, así como los miembros que, en representación de la Xunta de Galicia, formen parte del patronato.

En el expediente de autorización se incluirá una memoria, que deberá ser sometida al informe del departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación, en la que se justifiquen suficientemente las razones de por qué se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas previstas en la normativa vigente.

Deberá presentarse, además, una memoria económica, que requerirá el informe de la consellería competente en materia de hacienda, en la que se concretarán los aspectos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAGGA, y un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAGGA.

El Parlamento podrá ejercer el control de la creación de este tipo de fundaciones, en los términos establecidos en su reglamento, dentro del control de la acción de la Xunta de Galicia.

### 5.2.3.- PERSONAL

A la contratación de personal laboral fijo al servicio de las fundaciones del sector público autonómico le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o de las comisiones de selección; b) Bases de las convocatorias y c) Pruebas de selección (artículo 116 LOFAGGA).

En el resto de su actividad contractual estas fundaciones actuarán conforme a los principios y disposiciones aplicables de la legislación estatal y autonómica en materia de contratos del sector público (artículo 117 LOFAGGA).

**Autor: Marcos Almeida Cerrada**

## **1.- LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO**

### **1.1.- Concepto y régimen jurídico de las Fundaciones**

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN definen a la fundación como “La persona jurídica que nace cuando se destinan bienes al cumplimiento de un fin de interés público de un modo permanente y estable». Son tres pues los elementos esenciales de la fundación: masa de bienes o dotación patrimonial, un fin de interés público, establecido en el acta fundacional y una organización establecida al servicio de ese fin.

Las fundaciones, según el sujeto que las crea, particulares o entidades públicas, pueden ser, respectivamente, privadas o públicas.

La Constitución Española, en el art. 34.1, reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, de acuerdo con la Ley. Asimismo el artículo 53.1 del texto constitucional reserva a la Ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I, entre los cuales se encuentra el de fundación.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Galicia, en su art.27, apartado 26, establece la competencia exclusiva a la Xunta de Galicia relativa a las Fundaciones de Interés Gallego. En la actualidad las Fundaciones de la Comunidad Autónoma están reguladas por la Ley 12/2006, de 1 diciembre, de Fundaciones de Galicia, desarrollada a su vez por el Decreto 14/2009, de 21 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Interés Gallego

La Ley 12/2006 somete a las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos y las define como *“aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la comunidad autónoma”*.

La Ley, además, señala los fines de interés general que han de perseguir las fundaciones, con carácter meramente enunciativo (“como pueden ser”) en un extensa lista. Así, entre otros que se citan, están los de defensa de los derechos humanos, la asistencia social, fines cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, etc (...).

Las fundaciones se pueden constituir por actos inter vivos, mediante escritura pública, o mortis causa, mediante disposición testamentaria.

Su gobierno se encomienda a un patronato que asume la representación de la entidad para cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

El patronato un órgano colegiado que estará integrado por el número de miembros que determinen sus estatutos, con un mínimo de tres y que contará con un presidente, a quien le corresponde presidir las reuniones del patronato. El cargo de patrono tendrá la duración que se establezca en

los estatutos o carta fundacional. El patronato cuenta también con un secretario, a quien corresponde la certificación de los acuerdos del patronato con el visto bueno del presidente.

El fundador o fundadores que sean personas físicas podrán reservarse con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación. En este caso, la persona fundadora deberá ejercer sus funciones dando cuenta previamente al patronato quien, llegado el caso, puede ejercer la acción de responsabilidad frente a aquel.

Podrán ser miembros del patronato tanto las personas físicas como las jurídicas.

Los patronos responden solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los actos realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo.

La Ley también regula el patrimonio de la fundación, que está administrado por el patronato y que está integrado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución.

Por otro lado la enajenación y gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, así como aquellos cuyo importe, sea superior al 20 % del activo de la fundación, deberán ser comunicados por el patronato al protectorado.

Las fundaciones se financian con los rendimientos que provengan de su patrimonio o de aquellos otros procedentes de ayudas, subvenciones,

donaciones, herencias y legados, realizados por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

La Ley prevé también otras situaciones como las de modificación de los estatutos. fusión, escisión y extinción de la fundación; este último supuesto se producirá, entre otros, cuando expire el plazo por el que fue constituida, cuando se hubiera realizado íntegramente el fin fundacional o cuando sea imposible realizar dicho fin.

A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador o decidido por el patronato cuando tenga reconocida esta facultad en la carta fundacional.

### **1.2.- El Protectorado de la Xunta de Galicia sobre las Fundaciones de Interés Gallego**

El protectorado de la Xunta de Galicia, se constituye como órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, que vela por el ejercicio correcto del derecho de fundación y por la legalidad de su constitución y funcionamiento.

El protectorado es ejercido por los departamentos de la Xunta de Galicia que tengan atribuidas las competencias correspondientes a los fines de las fundaciones.

Son funciones del protectorado, entre otras:

- Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución y a las fundaciones ya inscritas, en las más variadas funciones.
- Velar por el cumplimiento adecuado de los fines fundacionales.
- Velar por el patrimonio fundacional y los recursos económicos.
- Ejercer provisionalmente las funciones del patronato si faltaran todas las personas llamadas a integrarlo, así como en los supuestos de intervención temporal acordados por el órgano judicial competente.
- Garantizar la legalidad de las modificaciones estatutarias, fusiones y extinciones de las fundaciones.



- Impugnar los actos y acuerdos del patronato contrarios al ordenamiento jurídico vigente, a lo establecido en los estatutos o al interés general.
- Controlar el proceso de liquidación de las fundaciones.
- Resolver las solicitudes de autorización o aprobación que, con arreglo a lo dispuesto en la Ley, la precisen.

## **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.

De esta forma el Estado, debido a la conexión de los interéss de la corporación con los interéss 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.).

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 interés de sus asociados y por tanto interés 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.

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 cuanto 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.

## **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, declara 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 esta Ley, asume el papel de órgano permanente

de participación, asesoramiento, diálogo y consulta de la Administración gallega en materia agraria y desarrollo rural.

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 estas sean reguladas por las Comunidades Autónomas como tales corporaciones públicas, por lo que hoy son una figura definitivamente extinguida.

### **2.3.- Las Cofradías de Pescadores**

Las cofradías de pescadores, son corporaciones de derecho público, dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar, que actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración en la promoción del sector pesquero y representan interés económicos y corporativos de los profesionales de dicho 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.

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 Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de pesca de Galicia y, posteriormente,

declarada nuevamente en vigor por la Ley 6/2009, de 11 de diciembre, de modificación de la anterior.

Así pues, 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:

- Actuar como oficinas públicas, en lo referente a la recepción, registro y tramitación de documentación dirigida a la Administración gallega.
- 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, 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.
- 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 para el ejercicio de las labores de extracción de los recursos marinos vivos.

Finalmente, el ámbito territorial de las cofradías es el que determinan sus estatutos, sin que 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 interéss profesionales de sus miembros y encargados, asimismo, de la ordenación del ejercicio de las profesiones y de su representación.

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 interéss de los profesionales que los componen.

La legislación estatal está constituida por Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, modificada posteriormente por Ley 74/1978, de 26 de diciembre y por la Ley 7/1997, de 14 de abril. La más reciente regulación de esta materia se llevó a cabo por Real decreto ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

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, determina 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.

Por su parte, Estatuto de Autonomía de Galicia establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma gallega en materia de corporaciones de derecho público. Así, 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.

Así 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.

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**

Además del ejercicio de las competencias de carácter público que les atribuye la Ley básica y de las que les puedan encomendar o delegar las administraciones públicas, las cámaras tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los interéss generales del comercio, la industria y la navegación, y la prestación de servicios a las empresas que ejerzan dichas actividades. Ello sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial.

Su normativa reguladora está constituida por la Ley Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, 3/1993 de 22 de marzo

dictada al amparo de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.19 de la Constitución.

Las cámaras fueron objeto de transferencia a nuestra Comunidad Autónoma a comienzo de los años ochenta. La Comunidad Autónoma. promulgó la Ley 5/2004, de 8 de julio, que regula la organización, funcionamiento y régimen económico y presupuestario de estas corporaciones.

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 configura a las cámaras como órganos de carácter consultivo y de colaboración con las administraciones públicas, especialmente con la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin menoscabo de los interéss privados que persiguen, en general, relacionados con la representación, promoción y defensa de los interéss generales del comercio, la industria y la navegación y la prestación de servicios a las empresas.

En particular corresponde a las cámaras gallegas el ejercicio de las siguientes funciones:

- a) La prestación de servicios de información, formación, asesoramiento y asistencia técnica a sus miembros.
- b) Como más importantes, entre las funciones de carácter público-administrativo que les corresponden, se pueden citar:
  - . Expedición de certificados de origen y demás certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil.
  - . Asesoramiento a las Administraciones Públicas.
  - . Llevar un censo público de todas las empresas.
  - . Realizar funciones de arbitraje mercantil.
  - . Elaborar estadísticas del comercio, la industria y la navegación de Galicia.



- . Promover y cooperar en la organización de ferias y exposiciones.

- . Emitir informe sobre los proyectos de disposiciones generales emanados de la Comunidad Autónoma que les afecten directamente

- . La promoción del comercio en el exterior, del turismo y de los productos gallegos.

Existen en la actualidad en Galicia siete cámaras de comercio, industria y navegación, concretamente, las de A Coruña, Santiago de Compostela, Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Vigo.

En lo concerniente a su organización hay que señalar que sus órganos de gobierno son el pleno, el comité ejecutivo y la presidencia. El comité ejecutivo está integrado por el presidente de la corporación, las vicepresidencias y la tesorería y por un número de vocales que no podrá ser inferior a tres ni superior a seis. Las funciones más importantes que desarrollan las cámaras están encomendadas al pleno de la corporación.

Entre sus órganos es de destacar también la secretaría general, que está encargada de velar por la legalidad de los acuerdos de los órganos de gobierno.

Sus órganos se eligen por sufragio libre, igual, directo y secreto entre todo el electorado de la cámara por quienes ejercen actividades comerciales, industriales o navieras. El presidente es elegido por el pleno, entre sus miembros.

En cuanto al régimen económico y presupuestario, está basado en un sistema de autofinanciación parcial y fiscalización pública de los presupuestos. Así, resumidamente, sus ingresos provienen: del denominado recurso cameral permanente, de los ingresos obtenidos por los servicios que presten y por el ejercicio de sus actividades y de los recursos que las administraciones públicas destinen a sufragar el coste de los servicios público-administrativos que les sean encomendados.

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.

**Autor: Juan José Gallego Fouz**

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

## **TEMA 9.**

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

El 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. Éstos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración le 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 de ayuntamiento 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 bifrente 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) 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 FERNANDEZ entiende que esta toma de partido de la legislación local asienta la idea de que no es posible considerar como base del municipio tan sólo 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 conllevará 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, exceder el propio término.
2. Todo municipio pertenecerá a una sola provincia.

## **POBLACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS.**

La población del municipio está constituída 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 éste. Las certificaciones que se expidan de estos datos tendrán carácter de documento público y fidedigno para todos los efectos administrativos.

La inscripción en el padrón municipal contendrá como obligatorios sólo 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 cimeros. 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 le corresponden al Ayuntamiento, de acuerdo con lo 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 modo que los datos contenidos en éstos concuerden con la realidad. Los ayuntamientos gallegos les remitirán al Instituto Nacional de Estadística y al Instituto Gallego de Estadística los datos de sus respectivos padrones.

Son derechos y deberes de los vecinos:

- a) Ser elector y elegible, de conformidad con lo dispuesto por la legislación electoral.
- b) Participar en la gestión municipal, de conformidad con lo dispuesto por las leyes y por los reglamentos propios del municipio y, si es el 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 pedimiento razonado, y dirigir solicitud previa a la Administración municipal, en relación con todos los expedientes y con 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, si es el caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, como recuerda QUINTANA LOPEZ, cuando constituya competencia municipal propia de carácter obligatorio.
- h) Ejercer los demás derechos y deberes establecidos por las leyes y, si es el 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 éstos no consignen los créditos precisos para 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 eso 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 Goberno*) en los municipios con una población de derecho 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 éste.
- 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 éstos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución, el gobierno y la administración municipal le 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 esto en los términos que establezca la legislación electoral general.

El alcalde es el presidente de la Corporación y tiene las siguientes atribuciones:

- a) Representar al 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 éstos se produzcan, las medidas precisas y apropiadas, dándole 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, excepto en los casos en los que la facultad se le 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 la 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.
- ñ) Decidir los empates con voto de calidad.

- o) Otorgar las licencias, excepto en el 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 al presupuesto aprobado.
- q) Presidir las pujas y los concursos para ventas, arrendamientos, abastecimientos 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 modo expreso le atribuyan las leyes y las que la legislación le asigne al Ayuntamiento y no se las atribuya a otros órganos municipales.

Le 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 el caso de que ésta no existiera, en los tenientes de alcalde, excepto 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 ésta 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 ésta no exista, de entre los concejales.

En los municipios con Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*), el número de tenientes de alcalde no podrá exceder del número de miembros de aquélla. 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, para los efectos del cómputo, los decimales que resulten de dividir entre 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.

Les corresponde a los tenientes de alcalde, en cuanto tales, sustituir en la totalidad de sus funciones y por el orden de su nombramiento al alcalde, en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a éste 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. Le 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, insignia o escudo.
- c) Aprobar la iniciación y poner fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento en los términos previstos en la legislación urbanística gallega.
- d) Aprobar el reglamento orgánico y las ordenanzas.
- e) 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 abastecimientos en el caso de que su cuantía exceda de la que le 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 éstos 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, 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 esto en los términos establecidos por la legislación sobre función pública local, así como separar del servicio a los funcionarios de la Corporación, excepto 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, incluidos la adquisición, la transacción, la enajenación y la cesión gratuita a otras administraciones o instituciones públicas y a instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. La concesión, el arrendamiento o la 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 le deban corresponder al Pleno cuando su aprobación requiera una mayoría especial.
- o) Ejercer las demás que de modo expreso le atribuyan las leyes.

Le 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 Goberno*) requerirá acuerdo adoptado por la mayoría del número legal de miembros de la Corporación. El acuerdo de delegación determinará los asuntos que ésta comprenda, las potestades que se deleguen y las condiciones concretas de su ejercicio.

La Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*) estará integrada por el alcalde y un número de concejales no superior al tercio del número legal de ellos, nombrados o separados libremente por el alcalde, que deberá darle cuenta de esto al Pleno.

Le corresponderá 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. Le corresponderán a la Comisión Especial de Cuentas el examen, el estudio y el informe de la Cuenta general y de las demás cuentas anuales. Para el ejercicio apropiado 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. Les 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 éste. 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 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 éstas de acuerdo con su efectiva implantación. La presidencia del órgano le corresponderá al concejal que para el 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 los que 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 éste. 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 aquél en el que ejerza sus funciones. La duración del cargo estará sujeta a la del mandato del alcalde que lo nombró, quien podrá removerlo 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.

### 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 abastecimiento de agua, la iluminación pública, los servicios de limpieza viaria, la recogida y el tratamiento de residuos, la red de alcantarillas y el tratamiento de aguas residuales.
- m) El transporte público de viajeros.
- n) Las actividades e instalaciones culturales y deportivas, la ocupación del tiempo de ocio y el turismo.
- ñ) La participación en la programación de la educación 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 la ley de administración local de Galicia, independientemente o asociados, prestarán, como mínimo, los siguientes servicios:

- a) En todos los municipios:

Iluminación pública, cementerio, recogida selectiva, si es el caso, de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, red de alcantarillas, 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 y a su 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.

#### 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 les estén atribuidas por la legislación a otras administraciones públicas, incluida, si es el 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 ley de Administración local de Galicia de 22 de julio de 1997 (reformada mediante la ley 8/1999, de 30 de diciembre, la ley 18/2008 de 29 de diciembre y la ley 1/2010, de 11 de febrero) es la norma autonómica de referencia en 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 adecuada 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 del 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 Gobierno). Será también 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 Gobierno) 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, ha 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 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 Gobierno) 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 Gobierno).
- o) El desarrollo y la gestión económica conforme al presupuesto aprobado.
- p) Presidir las pujas 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 Gobierno) y las enumeradas en las letras b), g) y h), todo esto 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 Gobierno).

Les corresponde a los vicepresidentes, en cuanto tales, sustituir en la totalidad de sus funciones y por la 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 esto 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) Ejercer las demás que expresamente le atribuyan las leyes.
- El Pleno puede delegar en la Comisión de Gobierno (Xunta de Gobierno) 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 Gobierno):

- 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 Junta Municipal de Gobierno.

#### Competencias de las Provincias

Serán competencias propias de las diputaciones provinciales las que bajo este concepto les atribuyan las leyes. Las competencias propias se ejercerán 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 decidan 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 lograr 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, cualquiera 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 planteadas 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 planteadas, 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 también 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 con 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 ha 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 vínculos económicos 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.

### 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 Concello 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 adución 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.

### 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 juntas 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 no dicen nada 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 le 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.

### 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 usar 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 iniciará 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 adecuado 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 viniese prestando.

No podrá constituirse en entidad local menor el núcleo territorial en el que radique la capitalidad del municipio.

### 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, alienación 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 al 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 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, a 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 al 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 del orden del día correspondiente, a las comisiones informativas existentes en el Ayuntamiento, siempre que en ellas se vaya a dictaminar algún asunto que afecte a la 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.

### 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 constituyesen. 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 ellos. 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 de 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.

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, dándole 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, a 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 Conca.

El Estatuto de Autonomía para Galicia, en su artículo 40.1, contempla la posibilidad de que una ley autonómica reconozca a la comarca como entidad local con personalidad jurídica y demarcación propia, añadiendo que la comarca no supondrá, necesariamente la supresión de los municipios que la integren. Esta previsión estatutaria fue tomada en cuenta por la Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal que en su exposición de motivos de la cuenta de que la actividad desarrollada por la Xunta de Galicia en el ámbito de la planificación comarcal durante los últimos años se plasmó en el diseño y en la aplicación de un modelo experimental de desarrollo local, denominado Plan de desarrollo comarcal, que tuvo su origen en el acuerdo del Consello de la Xunta, de 19 de diciembre de 1990, en el que se regulaban de un modo inicial los instrumentos y procedimientos necesarios para articular dicho modelo y se designaban cuatro comarcas piloto.

La aplicación del plan a estas primeras comarcas piloto permitió avanzar de forma gradual en el diseño del modelo. Así, a esta fase inicial se le fueron sumando otras, en las que se incrementaron las comarcas piloto hasta veinte y en las que diversas innovaciones fueron introducidas, como el diseño de nuevos mecanismos y procedimientos, los sistemas de

participación ciudadana y social o la creación de las fundaciones para el desarrollo de las comarcas.

Llegados a este punto, y una vez que el plan está consolidado, tanto en su estructura como en su inserción social, la ley considera precisa una ley que regule definitivamente lo que hasta ahora era un modelo experimental de planificación e intervención en el territorio.

Con la finalidad de promover el desarrollo comarcal, la ley tiene por objeto establecer el marco normativo de aquél, que se realizará a través de una actuación territorial basada en la dinamización de los recursos endógenos y de las iniciativas locales, mediante la implantación gradual y participativa de planes de desarrollo comarcal que permitan la integración de la planificación socioeconómica y la ordenación del territorio, así como la coordinación de las distintas administraciones y de las inversiones públicas en los ámbitos comarcales que se configuren y que serían el instrumento para ir dotando de capacidad de actuación a las comarcas.

Una vez que el Plan de desarrollo comarcal, que tuvo su origen en el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 19 de diciembre de 1990, estuvo consolidado tanto en su estructura como en su inserción social, la Ley de desarrollo comarcal reguló el que era un modelo experimental de planificación e intervención en el territorio. Posteriormente la ley de Administración local de Galicia, siguiendo las disposiciones contenidas en aquélla, elude la configuración de las comarcas como entidades locales de carácter territorial, de modo que éstas carecerán, por el momento, en Galicia, de personalidad jurídica diferenciada, dado que a juicio del legislador el coste económico y la duplicidad de funciones que esto supondría, así como la experiencia de otras comunidades autónomas, recomiendan retrasar la creación de nuevas administraciones públicas en nuestro país.

Por su parte, la Ley de Bases del Régimen Local establece en su art. 42 que “las CCAA de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos, podrán crear en su territorio, comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito”. BALLESTER ha puesto de manifiesto la importancia que tradicionalmente tuvieron estas entidades en Cataluña, pero la realidad gallega no es ajena a esta figura.

De este modo, el artículo 111 de la ley de Administración local de Galicia refiere las comarcas cuando establece que las diputaciones provinciales participarán activamente en la elaboración y gestión de los planes de desarrollo comarcal, colaborando en el cumplimiento de sus objetivos a través de las unidades técnicas comarcales y que los planes de desarrollo comarcal tendrán el carácter de marco de referencia para la elaboración de los planes de cooperación de obras y servicios.

En lo tocante a la parroquia rural el Estatuto de Autonomía para Galicia también prevé en su artículo 40.3º la posibilidad de que mediante ley del Parlamento de Galicia se pueda reconocer personalidad jurídica a la parroquia rural.

FARIÑA JAMARDO señala que, dentro de su lógica diversidad, la parroquia rural gallega presenta indudables rasgos comunes. Aparte de sus connotaciones religiosas y eclesiásticas, constituye una agrupación social característica, con vivencias históricas comunes, asentada dentro de límites territoriales definidos y permanentes.

La ley 11/1983, de 29 de diciembre, de actuación intensiva en las parroquias rurales supuso un primer hito legislativo en relación con estas entidades, si bien se limitó a disponer una serie de intervenciones en

infraestructuras en las parroquias, dejando los aspectos administrativos para la legislación que con posterioridad pudiese aprobarse.

La Ley 10/1985 de concentración parcelaria para Galicia (modificada por la ley 12/2001, de 10 septiembre, de modificación de la ley de concentración parcelaria) toma también como referencia la parroquia en numerosos aspectos. Como por ejemplo, estableciendo que formarán parte de la Xunta local de Zona los vocales parroquiales de las Cámaras Agrarias, o que las publicaciones y comunicaciones relativas a la concentración se harán en los locales de las parroquias y en los lugares de costumbre.

La Ley 9/2002, de 30 diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Ambiente que vino a derogar a la anterior ley 1/1997, de 24 marzo, del suelo de Galicia, consideró a la parroquia como elemento determinante del asentamiento poblacional en el que deben apoyarse los distintos instrumentos del planeamiento.

Por su parte la ley de Administración local de Galicia de 1997 dice en su exposición de motivos que dota “a la parroquia rural, de larga tradición en el campo gallego, verdadera trama celular de la vida local de nuestro pueblo y su auténtica señal de identidad, de la condición de ente local de carácter territorial, dejando la regulación de su organización, funcionamiento y competencias a una ley posterior del Parlamento de Galicia”. En coherencia con lo proclamado, su artículo 1.2º establece que “En los términos que determinará una ley del Parlamento de Galicia, las parroquias rurales gallegas tendrán la consideración de entidades locales territoriales y gozarán de autonomía para la gestión de sus intereses patrimoniales”.

En el texto de la ley gallega es reseñable el artículo 38.2. cuando se dice que las resoluciones definitivas de los expedientes de alteración de términos municipales deberán contener, si es el caso, entre otras la

“Población y parroquias de los términos municipales afectados”. La Disposición última Primera de la norma contiene un mandato al legislador futuro con el siguiente contenido: “La organización, el funcionamiento y las competencias de la parroquia rural serán regulados, en su día, por una ley del Parlamento de Galicia”.

Xosé Antón Sarmiento Méndez.

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidade de Vigo.

TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRA, 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, Nº 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, Número 8, 2005, págs. 7-32
- Refuerzo competencial. Luis Angel Ballesteros Moffa. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, Nº. Extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Pacto Local), pags. 57-96
- Manual de actuación del parlamentario. Xosé Antón Sarmiento Méndez (Coordinador). El Derecho. Septiembre 2011. páginas 33 a 48.

**12. LAS RELACIONES ENTRE  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.  
LAS RELACIONES ENTRE EL  
ESTADO Y LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS.  
LAS RELACIONES CON LA  
ADMINISTRACIÓN LOCAL.  
COMUNICACIONES A  
LAS COMUNIDADES EUROPEAS.**



## **TEMA 12**

### **LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. COMUNICACIONES A LAS COMUNIDADES EUROPEAS.**

#### **1.- LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Tal y como las define el autor RIVERO YSERN las relaciones interadministrativas son aquellas que en virtud de las previsiones del ordenamiento jurídico, pueden originarse entre dos o más esferas administrativas.

Conviene precisar que cuando hablamos de relaciones administrativas podemos estar refiriéndonos tanto a las relaciones interorgánicas, es decir, las que se producen entre órganos de una misma Administración, como a las relaciones intersubjetivas, que son las establecidas entre sujetos de Administraciones diferentes. A estas últimas son a las que nos vamos a referir aquí.

Pues bien, las normas que disciplinan las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas dentro del mismo Estado, son de aparición relativamente reciente y sin embargo adquieren en la actualidad una singular importancia por la complejidad creciente de las necesidades públicas que la Administración debe atender y que en muchos casos no se pueden satisfacer con la actuación de un solo sujeto público. Esta realidad requiere ser abordada con una fluida relación entre las Administraciones Públicas y un marco de actuación común a todas ellas.

Como señala el profesor SOSA WAGNER, las distintas fórmulas de cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas, responden

a los principios del llamado “federalismo cooperativo”, que es la expresión con que se ha designado a las modernas fórmulas federales y que significa que el ejercicio de las competencias por los diferentes centros de poder territorial se hace de forma coordinada como resultado o fruto de la lealtad que debe presidir las relaciones entre los sujetos públicos.

Partiendo de una estructura de estado complejo, como es el nuestro, en el que concurren diversas Administraciones Públicas sobre el mismo territorio, el ejercicio de los distintos poderes que cada una de ellas ostenta, requiere, por la razón apuntada, el establecimiento y articulación de normas reguladoras de las mútuas relaciones entre los distintos planos estatal, autonómico y local. Así es un principio comunmente aceptado el de que el ejercicio de las competencias por las diferentes Administraciones que concurren sobre un mismo territorio, deba hacerse de un forma leal, coordinada y solidaria.

De tales principios rectores se hace eco la Constitución Española en su art. 103.1 , cuando establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, para luego precisar que actuará con sometimiento a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

Por su parte el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia de 143/1985, de 24 de octubre, recuerda que el respeto al principio de coordinación es una consecuencia de la unidad transcendental de los intereses públicos dentro de un mismo Estado, como técnica que asegura la complementariedad de actuaciones políticas y administrativas de las distintas Administraciones Públicas.

Estas relaciones se establecen en la mayoría de los casos en un plano horizontal, en el que, por tanto, el posicionamiento de las Administraciones Públicas relacionadas se sitúa en condición de igualdad. La posición de superioridad de la Administración General del Estado, bien sea en relación a las Comunidades Autónomas o bien lo sea en relación a las Corporaciones

Locales, sólo se produce, normalmente, cuando interviene de manera decisiva el interés nacional.

La regulación general de la materia está contenida en la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). En su exposición de motivos se indica que conjugar la pluralidad de factores que intervienen en un sistema en el que coexisten diversas administraciones obliga a intensificar las relaciones de cooperación mediante la asistencia recíproca, el intercambio de información, las Conferencias Sectoriales para la adopción de criterios o puntos de vista comunes al abordar los problemas de cada sector, o la celebración de convenios de colaboración, aspectos estos que recoge la ley en su regulación.

En definitiva, hay que decir que la cooperación entre las administraciones públicas representa al mismo tiempo una necesidad y un deber recíproco entre todas ellas.

Dentro de la regulación contenida en la LRJPAC, en su Título I, se contempla en primer lugar, en el art.4.1, toda una serie de principios generales que deben regir las relaciones de las Administraciones Públicas.

Así se establecen como deberes de estas:

- a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.
- b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.
- c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
- d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio

de sus competencias.

La asistencia y cooperación requerida, señala la Ley, sólo podrá denegarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. La negativa deberá ser comunicada a la Administración solicitante de forma motivada.

Finalmente, en lo que a este apartado general concierne, hay que decir que las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas se implementan a través de instrumentos diversos, de entre los que cabe destacar, las Conferencias Sectoriales y órganos de cooperación y los convenios de colaboración, fórmulas de colaboración estas de las que nos ocuparemos más adelante.

Por su parte, las relaciones entre la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas y la Administración Local, se rigen por la legislación básica en materia de Régimen Local, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en el Título I de la LRJPAC.

## **2.- LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS**

### **2.1.- Exposición general**

Dos son esencialmente los principios que rigen las relaciones entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, el de cooperación o de colaboración y el de coordinación.

Es frecuente añadir a estos un tercer principio que es el de participación, referido a la presencia de las Comunidades Autónomas en realización de tareas del Estado, en su conjunto, y que se concreta tanto en la presencia de senadores, designados por las Comunidades Autónomas en la Cámara Baja (art. 69.5 de la CE), como a la participación de estas en la actividad legislativa del Estado, que se plasma en la iniciativa legislativa autonómica ante las Cortes Generales (art. 87.2 de la CE y 10.1.f del EAG).

Vamos ahora a referirnos a los principios de cooperación o de colaboración y al de coordinación, como más característicos y muy especialmente al primero de ellos, como más relevante.

- La Constitución en su art. 149.1.1 establece que el Estado tiene competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Pues bien, el principio de coordinación tiene su fundamento en esta previsión constitucional y aparece atribuido al Estado con ocasión del ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de sus competencias. Fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril, la que determinó el alcance de este principio, al señalar que *“persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema”*.

En definitiva, el fin último de la coordinación es asegurar la coherencia en la actuación de las Administraciones Públicas intervinientes, en aquellos casos en los que las fórmulas voluntarias de colaboración no han podido alcanzar su objetivo. De aquí puede destacarse una de las características esenciales de la coordinación, es una fórmula en cierto modo impositiva por parte del Estado -que es quien coordina- y que requiere, por tanto, para alcanzar su plena eficacia, que éste ostente competencias plenas o cuando menos compartidas en relación con determinada materia.

Conviene indicar que si bien la facultad de coordinación conlleva, *per se*, una posición de superioridad por parte de quien en tal tarea actúa, lo cierto es que tiene límites ya que en ningún caso puede suponer el ejercicio de competencias que no son propias. En todo caso hay que señalar que la coordinación implica la facultad de dirección en la materia de que se trate, pero no puede suponer, en ningún caso, menoscabo de las competencias propias del ente o entes coordinados.

Las relaciones de colaboración son las más comunes entre Administraciones Públicas. Están reguladas, como ya dijimos, en el Título I de la Ley 30/92 y son el resultado de la existencia de varias Administraciones, dotadas de autonomía ejerciendo sus competencias sobre el mismo territorio. Por tanto estas relaciones, son una consecuencia misma del modelo de organización territorial que la Constitución establece. Pues bien, este modelo de algún modo impone poner en marcha las relaciones de cooperación, mediante la asistencia recíproca intercambio de información y demás mecanismos que la propia Ley prevé.

Esta visión es recogida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/83, de 5 de agosto, cuando señala que la existencia de deberes recíprocos de intercambio de información entre las Administraciones Públicas implicadas es una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades autónomas, deber este que no es preciso justificar en la existencia de preceptos legales concretos, por cuanto es consecuencia de nuestro modelo territorial.

## **2.2 En especial, los mecanismos de cooperación y coordinación**

Son los instrumentos formales llamados a servir de soporte jurídico a estas relaciones, conteniendo las bases esenciales de las mismas. Están regulados en los arts 4 y siguientes de la LRJPAC.

Al margen de ellos y huyendo de las rigideces propias del sistema, se han ido articulando en los últimos años distintos cauces de colaboración informal o cuando menos no estrictamente reglada, que acogen órganos con la misma función en las diferentes Comunidades Autónomas y que se reúnen periódicamente -muchas veces también con el órgano homónimo del Estado- para colaborar e intercambiar experiencias en relación con las funciones que les son propias.

En cualquier caso aquí nos referiremos sólo a los instrumentos formales de colaboración previstos en la Ley.

### **2.2.1.-Relaciones de cooperación o de colaboración**

El art. 4.5 de la LRJPAC establece que “En las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, el contenido del deber de colaboración se desarrollará a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones”. Es decir, la Ley en este punto concede una amplia libertad a ambas partes para decidir cuál es el instrumento y procedimientos que mejor conviene a la situación objeto de colaboración.

Señala también el citado artículo que cuando estas relaciones, en virtud del principio de cooperación, tengan como finalidad la toma de decisiones conjuntas que permitan una actividad eficaz en aquellas materias en que posean competencias compartidas o exijan articular una actividad común, se ajustarán a los instrumentos y procedimientos que la propia Ley menciona en los siguientes artículos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este aspecto en el sentido de reconocer un cierto margen de discrecionalidad en la utilización de los distintos instrumentos para llevar a cabo la colaboración (entre otras STC 118/1998, de 4 de junio). Ahora bien, también el Tribunal Constitucional ha insistido en que, en todo caso, la puesta en marcha de dichos

instrumentos en ningún caso permite alterar las competencias de cada una de las Administraciones actuantes (entre otras STC 13/92 de 6 de febrero).

La LRJPAC contempla distintos medios de colaboración de los que nos vamos a ocupar a continuación.

a) En primer lugar hay que referirse a las Conferencias Sectoriales.

Esta materia fue objeto de modificación a través da Ley 4/1999, de 13 de enero de Reforma de la Ley 30/1992. Esta última, en su art. 5.1 prevé que “La Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas pueden crear órganos para la cooperación entre ambas, de composición bilateral o multilateral, de ámbito general o de ámbito sectorial, en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, y con funciones de coordinación o cooperación según los casos”.

Por otra parte, la Ley considera que no tienen la naturaleza de órganos de cooperación aquellos órganos colegiados creados por la Administración General del Estado para el ejercicio de sus competencias en cuya composición se prevea que participen representantes de Comunidades Autónomas con la finalidad de consulta.

Los órganos de cooperación bilateral y de ámbito general que reúnan a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado y de la respectiva Comunidad Autónoma, se denominan Comisiones bilaterales de cooperación.

Si los órganos son de composición multilateral, reuniendo a miembros del gobierno, en representación de la Administración General del Estado y a miembros del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, se denominan Conferencias Sectoriales. El régimen de estas Conferencias es el



que se establezca en el correspondiente acuerdo de institucionalización y en su correspondiente reglamento interno.

La convocatoria de la Conferencia se realizará por el Ministro o Ministros que tengan la competencia en la materia que vaya a ser objeto de la Conferencia Sectorial. Por su parte, los acuerdos se habrán de firmar por el Ministro y Consejeros y podrán formalizarse bajo la denominación de Convenio de Conferencia sectorial.

Las Conferencias Sectoriales pueden acordar la creación de Comisiones y grupos de trabajo para la preparación, estudio y desarrollo de cuestiones concretas propias del ámbito material de cada una de ellas. Con la misma finalidad, la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas podrán constituir otros órganos de cooperación que reúnan a los responsables de una materia.

b) Otra modalidad de cooperación son los convenios de colaboración.

Los convenios de colaboración están regulados en el art. 6.1, de la LRJPAC, también afectado por la reforma operada a través de la Ley 4/1999.

Hay que significar a este respecto que no existe una previsión constitucional en relación a los convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas –sí en cambio existe dicha previsión respecto a los acuerdos entre estas últimas- circunstancia esta que no implica la imposibilidad de que estos convenios se puedan celebrar, si bien están en todo caso sujetos a ciertos límites, que ha venido recogiendo el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Dichos límites son los siguientes:

- El derivado del principio de indisponibilidad de las competencias, en virtud del cual los convenios tienen que respetar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias. De este principio derivan, a su vez una serie de consecuencias:

a.- Por un lado, las partes firmantes del convenio deben actuar estrictamente en el ejercicio de sus competencias (arts. 6 y 12 LRJPAC), pues en otro caso el convenio será nulo de pleno derecho (art. 62 LRJPAC).

b.- Por otra parte los convenios están constreñidos por el principio de irrenunciabilidad de las competencias (art. 8.1 LRJPAC).

- En segundo lugar, como límite a los convenios, se puede señalar el de su voluntariedad, que implica que su realización no puede erigirse en condición necesaria para el ejercicio de las competencias que les correspondan en exclusiva a las CCAA.

- Finalmente, en virtud del principio de reserva de ley, los convenios no pueden regular materias reservadas a esta.

Son varios los aspectos a destacar de la regulación de los convenios de colaboración contenida en la LRXPAC.

La Administración General y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma, podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando proceda:

- Los órganos que celebren el convenio
- La competencia que ejerce cada Administración
- Su financiación
- Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento.
- La necesidad o no de establecer una organización para su gestión.

- El plazo de vigencia
- La extinción por causa distinta a la anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso.

Cuando se cree un órgano mixto de vigilancia y control, este resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios de colaboración.

Cuando los convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración, se denominarán “protocolos generales”.

Si se hace necesario crear una organización común para la gestión de los acuerdos, podrá adoptar la forma de consorcio, dotado de personalidad jurídica, o sociedad mercantil.

En los estatutos del consorcio se determinarán sus fines y régimen jurídico, funcional y financiero.

Los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos.

Finalmente hay que decir que los convenios de colaboración deberán ser comunicados al Senado y además deberán publicarse tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma respectiva.

c) Debemos citar, por último, como instrumentos de colaboración, los planes y programas conjuntos.

La Ley 4/99 de 13 de enero, que modificó la Ley 30/92, introdujo el concepto de plan y programa conjunto, concebido como una fórmula útil para

articular el ejercicio de las funciones administrativas del Estado y las Comunidades Autónomas.

Concretamente, el art. 7.1 de la LRJPAC establece que “La Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas pueden acordar la realización de planes y programas conjuntos de actuación para el logro de objetivos comunes en materia que ostenten competencias concurrentes”.

La Ley atribuye a las Conferencias Sectoriales la iniciativa para acordar la realización de planes o programas conjuntos, la aprobación de su contenido, así como su seguimiento y evaluación.

El acuerdo por el que se aprueben los planes o programas conjuntos debe especificar:

- Los objetivos de interés común a cumplir.
- Las actuaciones a desarrollar por cada Administración.
- Las aportaciones de medios personales y materiales de cada administración.
- Los compromisos de aportación de recurso financieros.
- La duración, así como mecanismos de seguimiento, evaluación y modificación.

El acuerdo aprobatorio de un plan o programa conjunto, puede ser completado mediante convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, en los que se concreten aquellos extremos que deban ser especificados de forma bilateral.

Finalmente, los acuerdos de planes o programas conjuntos son objeto de publicación oficial.

### **2.2.2.- Relaciones de coordinación.-**

La coordinación implica concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común y lleva implícita en todo caso una facultad de dirección a cargo del ente que coordina, facultad esta que algunos autores (entre ellos PAREJO ALFONSO) consideran que constituye un límite a las competencias del ente coordinado .

Pues bien, la acción común que comporta la coordinación en este caso es la consecución del interés general de la Nación y para ello el Estado, en uso de la competencia exclusiva que la Constitución le reconoce para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1), es el encargado de llevar a cabo la función coordinadora en relación con el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias. A este respecto, el instrumento más común con el que cuenta el Estado para dicha tarea coordinadora es el señalamiento de bases o de normativa básica, con el fin de asegurar el buen funcionamiento del denominado Estado de las Autonomías.

La función de coordinación, sin embargo, sea cual fuere el instrumento empleado para llevarla a cabo, no puede en ningún caso llegar al punto de vaciar de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas. Así lo tiene establecido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia de 28 de abril de 1983.

Son varios los supuestos del texto constitucional en los que se atribuye al Estado la función coordinadora. Así, concretamente, el art. 149, se la reserva en materia de planificación general de la actividad económica, atribuyéndole el establecimiento de las bases y coordinación de la planificación general (p. 13). También, en ese mismo artículo, se contempla, como tarea del Estado, el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (p. 15) o las bases y coordinación general de la sanidad (p. 16).

Existen distintos órganos que dentro del Estado se ocupan de asegurar la coordinación de actuaciones entre este y las Comunidades Autónomas, así:

- La Comisión Delegada del Gobierno para la Política Autonómica, que contempla el Real Decreto 639/2009, de 17 de abril, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. Se le atribuye, con carácter general, coordinar las actuaciones que se realicen en ejecución de la política autonómica del Gobierno.

- Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas. Como es sabido, forman parte de la Administración periférica del Estado y tienen atribuida, la representación del Gobierno en la Comunidad Autónoma respectiva, la dirección de la Administración del Estado en el territorio autonómico y la coordinación de esta con la de la respectiva Comunidad Autónoma.

El artículo 154 de la CE prevé que un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la Administración propia de la Comunidad.

Por su parte la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (LOFAGE) atribuye a los Delegados de Gobierno, entre otras, las funciones de mantener las necesarias relaciones de cooperación y coordinación con la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales. Esta tarea la llevan a cabo bajo la superior supervisión del Ministerio para las Administraciones Públicas.

Para ello el artículo 27 de dicha Ley prevé que los Delegados participen en las Comisiones mixtas de transferencias y en las Comisiones bilaterales de cooperación. Además se les encarga promover la celebración de convenios de colaboración y cualesquiera otros mecanismos de cooperación de la Administración General del Estado con la Comunidad Autónoma y con las Entidades Locales.

- El Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, creado por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, como órgano consultivo y de colaboración encargado de las relaciones del Estado y Comunidades Autónomas en materia financiera.

Según establece su Ley de creación el Consejo tiene, entre otras, las funciones siguientes:

- La coordinación de la política presupuestaria de las Comunidades Autónomas con la del Estado.

- El estudio y la valoración de los criterios de distribución de los recursos del Fondo de Compensación Interterritorial.

- El estudio, la elaboración y la revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los gastos de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas.

- La coordinación de la política de endeudamiento y de inversiones públicas.

- Cualquier aspecto de la actividad financiera de las comunidades y de la Hacienda del Estado que, por su naturaleza, necesita una actuación coordinada.

- Por último hay que citar también, como órganos de coordinación, a las Conferencias sectoriales, que llevan a cabo esta tarea en relación con las entidades territoriales, además de la de colaboración ya referida anteriormente.

### **3- LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.**

#### **3.1.- Régimen general**

Establece el artículo 9 de la LRJPAC que las relaciones entre la Administración General del Estado o la Administración de la Comunidad Autónoma con la Entidades que integran la Administración Local, se regirán por la legislación básica en materia de Régimen Local. En estos casos la LRJPAC es de aplicación supletoria, tal y como establece “in fine” el propio artículo.

Remite así pues la Ley en este punto a la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local ( en adelante LBRL) y, concretamente, a la regulación que esta hace del tema que nos ocupa, entre otros, en sus artículos 10 y 55 a 62. Constituyen así estos una particularización del mandato general conenido en el art.4.4 de la LRJPAC, cuando establece que *“La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias”*.

La norma cabecera de las relaciones entre la Administración local con el resto de las Administraciones públicas en la normativa de régimen local, está contenida en el citado art.10 LBRL, cuando señala que *“La Administración local y las demás Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos”*.

A continuación esta norma señala los supuestos generales en los que deberán coordinarse las competencias de las entidades locales entre sí y con las de las restantes Administraciones públicas: *“cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas”*.

Finalmente este artículo trata de preservar en tales casos principios esenciales de los entes locales al afirmar que *“Las funciones de*



*coordinación no afectarán en ningún caso a la autonomía de las Entidades locales”.*

Fuera de los enunciados normativos generales, el bloque de la regulación sobre esta materia está contenido en los en el capítulo II del título V de la Ley, referido a las *“relaciones administrativas”*.

Así en el art.55 se contienen las obligaciones generales que deberán guardar las entidades locales entre sí y en sus relaciones con otras administraciones, y que en todo caso deben estar presididas por los principios de coordinación y eficacia. Dichas obligaciones, en su conjunto, son una clara derivación del principio de lealtad institucional que en diferentes pronunciamientos ha venido a consagrar el Tribunal Constitucional, como presupuesto básico de las relaciones de colaboración. Tales obligaciones son las siguientes:

a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.

b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.

c) Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos.

d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.

Por su parte la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, a la que más tarde nos referiremos, señala respecto de las relaciones de las que tratamos que las administraciones públicas gallegas ajustarán sus relaciones a los principios de colaboración, cooperación, auxilio, coordinación y respeto a los correspondientes ámbitos competenciales, garantizándose la máxima eficacia en la gestión

administrativa. Asimismo, se prevé que la Xunta de Galicia ejercerá las funciones de coordinación que prevé el Estatuto de Autonomía de Galicia.

### **3.2- Los instrumentos y órganos de colaboración**

La colaboración o cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las demás Administraciones, tanto en lo referido a servicios locales como en asuntos de interés común, se articula bajo el presupuesto de la voluntariedad y puede llevarse a cabo, entre otros instrumentos, a través de los consorcios o convenios administrativos.

Los convenios son instrumentos de colaboración con otras Administraciones por los que se pueden llevar a cabo de común acuerdo una tipología muy amplia de actividades. Están regidos esencialmente por las normas previstas en la LRJPAC, regulación a la que ya nos hemos referido en un apartado anterior.

Por otra parte además las Entidades Locales pueden constituir consorcios con otras entidades públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas. Los consorcios pueden utilizarse también para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en los que participen las Entidades Locales españolas, de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España.

La iniciativa para la constitución de un consorcio entre entidades locales podrá partir de uno o varios entes locales interesados.

Los expedientes para la constitución de consorcios locales, así como para elaboración y 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.

Cada entidad local deberá designar 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 , entre otros, se encargará de la tramitación del proyecto de dichos estatutos.

La Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, en su art.149.2, considera a los consorcios como entidades locales dotadas de personalidad jurídica propia y capacidad para el cumplimiento de sus fines específicos, que vendrán definidos en sus respectivos estatutos.

No obstante el régimen de voluntariedad que como vemos rige, como norma general, en la colaboración de la Administración local y las demás Administraciones, existen también otros mecanismos previstos en la LBRL que por el contrario imponen un régimen de cooperación obligatoria. Entre otros, se puede citar a estos efectos el previsto en el art.56 LBRL cuando establece que las Entidades Locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas copia de los actos y acuerdos adoptados por las mismas.

Como se puede ver en este último caso, se trata de una colaboración de muy distinto carácter que la primera, pues en ella prima la idea de control, por ello se establece para estos casos que las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas estarán facultadas, con el fin de comprobar la efectividad, en su aplicación y, respectivamente, de la legislación estatal y la autonómica, para recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal, pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes.

No obstante la Ley prevé en este precepto una contrapartida positiva para las Entidades Locales, cuando contempla que, en todo caso, la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas deberán

facilitar el acceso de los representantes legales de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente.

Entre los mecanismos de cooperación obligatoria, además del anteriormente citado, se puede señalar el previsto en el artículo 58 de la LBRL, cuando establece que *“A fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas, en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 10 –actividades o servicios locales que trascienden el interés propio de las correspondientes entidades locales- y para el caso de que dicho fin no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores o éstos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate, las Leyes del Estado y las de las Comunidades Autónomas, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al Consejo de Gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias”*.

Además en estos casos se contempla que *“La coordinación se realizará mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente. (...)”*

En cuanto a los órganos de colaboración se puede decir que son varios los previstos en las leyes:

Por un lado los establecidos en las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas. Estos órganos son de carácter consultivo y pueden tener ámbito autonómico o provincial y carácter general o sectorial. Son numerosos los ejemplos correspondientes a este tipo de órganos que existen en la actualidad. El más significativo es el previsto en

el art.117 y ss. de la propia LBRL y es la Comisión Nacional de Administración Local, como órgano de colaboración permanente entre la Administración General del Estado y la Administración Local, que está presidida por el Ministro de Administraciones Públicas y que tiene una composición que agrupa a una representación paritaria de ambas Administraciones.

También hay que contar entre dichos órganos los previstos en el art.58 de la LBRL, entre los que se pueden citar las Comisiones Territoriales de Administración Local que tienen por objeto la coordinación de inversiones y de prestación de servicios. Un ejemplo a este respecto en nuestra Comunidad Autónoma, es la Comisión Gallega de Cooperación Local.

### **3.3- En especial, las relaciones interadministrativas en la Ley de Administración Local de Galicia**

La Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia regula de forma similar a la Ley del Estado la materia de las relaciones interadministrativas, en su Título V.

Entre los aspectos referidos a esta materia que conviene destacar de la Ley está, por un lado, la regulación de la Comisión Gallega de Cooperación Local, ya referida, a la que se considera como el órgano permanente de colaboración para la coordinación entre la Administración autonómica y las entidades locales gallegas.

La Comisión está presidida por el Presidente de la Xunta de Galicia y su composición es paritaria pues está integrada por representantes de la Comunidad Autónoma y por representantes de las entidades locales gallegas, con un número total de veinticuatro miembros.

Las funciones de la Comisión son las siguientes:

- Emitir informe sobre los anteproyectos de ley, reglamentos y decretos que conciernan al régimen local.
- Proponer medidas de asistencia y asesoramiento a los ayuntamientos, especialmente a través del estudio, información y difusión de las materias que les afecten.
- Informar de las necesidades e insuficiencias de los municipios gallegos en materia de servicios mínimos y proponer criterios generales para acordar la dispensa de su prestación.
- Velar por el cumplimiento de los principios de autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales.
- Estudiar y proponer las medidas que crea convenientes en relación con la situación económico-financiera de las entidades locales.
- Proponer criterios de colaboración y coordinación para que las diferentes administraciones públicas ejerzan sus funciones de cooperación económica, técnica y administrativa.
- Conocer y emitir informe sobre los acuerdos de las comisiones que se creen para la transferencia y delegación de competencias propias de la Comunidad Autónoma en las entidades locales para la encomienda de gestión, así como emitir informe previo en los casos de revocación de la delegación o de la encomienda de gestión.
- Estudiar y proponer criterios para la distribución del Fondo de Cooperación Local.
- Conocer y emitir informe sobre los proyectos de planes provinciales de cooperación a las obras y a los servicios de competencia municipal.
- Proponer y emitir informe sobre los convenios u otras fórmulas de colaboración interadministrativa que puedan suscribirse entre la Comunidad Autónoma y las diputaciones provinciales

La Ley contempla, entre otros aspectos, además de la Comisión de cooperación a la que se ha hecho referencia, los mecanismos de “colaboración, cooperación y auxilio”.

Señala a este respecto que Las entidades locales gallegas y la Xunta de Galicia adecuarán su actuación a los siguientes principios:

- a) La lealtad institucional respecto al ejercicio de las competencias que correspondan a las demás administraciones públicas.
- b) La colaboración, cooperación y auxilio que pudiesen precisar coyunturalmente para el eficaz cumplimiento de sus tareas.

Como colaboración la Ley entiende:

- El deber de todas las administraciones públicas de ponderar y respetar, en sus respectivas actuaciones, la totalidad de los intereses públicos implicados, y, en concreto, los intereses particulares y legítimos cuya gestión esté encomendada a las demás administraciones públicas.
- El trabajo en común para la solución de aquellos problemas, también comunes, que pudiesen plantearse más allá del concreto reparto competencial en los distintos sectores de la acción pública.

Por otro lado, por cooperación la Ley entiende el coejercicio de competencias, de tal modo que la actuación sometida a este régimen será llevada a cabo de forma mancomunada por las diversas administraciones públicas participantes.

Por auxilio considera:

- La obligación que tienen todas las administraciones públicas de prestar el apoyo y la asistencia activa precisos a las demás para que éstas puedan ejercer adecuadamente sus competencias.
- El deber que tienen todas las administraciones públicas de facilitarse información recíproca, especialmente cuando la actividad

desarrollada pueda tener una especial incidencia sobre el ámbito competencial de otras administraciones.

Interesa destacar también que la Ley gallega cita expresamente los instrumentos para llevar a cabo la colaboración y cooperación, refiriéndose a los siguientes:

- La Comisión Gallega de Cooperación Local a que se refieren los artículos 188 y siguientes de la presente Ley.
- Los mecanismos de información a que se refieren los artículos 200 y siguientes de la presente Ley.
- El asesoramiento jurídico-administrativo.
- La asistencia técnica, que se concretará en la elaboración de estudios y proyectos, prestación de servicios o cualquier otra actividad propia o común.
- La ayuda financiera, que se llevará a cabo mediante subvenciones eventuales o continuas que se concederán ateniéndose a criterios determinados y a condiciones para su utilización y empleo y para ejecutar obras o prestar servicios locales.
- La creación de consorcios locales.
- La creación de sociedades anónimas.
- La suscripción de convenios.
- En general, la delegación de competencias o la encomienda de gestión, técnicas reguladas en el título IV de la presente Ley.

Finalmente, la Ley gallega contempla el mecanismo de la “coordinación” estableciendo en su artículo 205 que las leyes de la Comunidad Autónoma reguladoras de los diferentes sectores de la acción pública podrán atribuir al Consello de la Xunta de Galicia la facultad de



coordinar el ejercicio de las competencias propias de las entidades locales entre sí, y, especialmente, con las de la Comunidad Autónoma, cuando la coherencia de la actuación de las diferentes administraciones públicas no pueda alcanzarse por los procedimientos previstos en los artículos anteriores o éstos resulten manifiestamente inadecuados por tratarse de actividades o servicios locales que trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades locales, incidan o condicionen relevantemente los de la Administración autonómica o sean concurrentes o complementarios de los de ésta.

#### **4.- COMUNICACIONES A LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

Dispone el artículo 10 LRJPAC *“Comunicaciones a las Comunidades Europeas”* que:

*“1. Cuando en virtud de una obligación derivada del Tratado de la Unión Europea o de los Tratados de las Comunidades Europeas o de los actos de sus instituciones deban comunicarse a éstas disposiciones de carácter general o resoluciones, las Administraciones públicas procederán a su remisión al órgano de la Administración General del Estado competente para realizar la comunicación a dichas instituciones. En ausencia de plazo específico para cumplir esa obligación, la remisión se efectuará en el de quince días.*

*2. Cuando se trate de proyectos de disposiciones o cualquiera otra información, en ausencia de plazo específico, la remisión deberá hacerse en tiempo útil a los efectos del cumplimiento de esa obligación.”*

La mayoría de la doctrina ha criticado la inclusión de este artículo dentro del Título I de la LRJPAC, “De las Administraciones Públicas y sus relaciones” al considerar que este no es el lugar más adecuado para regular una materia tan concreta como son las comunicaciones a las comunidades europeas, actividad esta que constituye tan solo una muy pequeña parte de las relaciones de cooperación que el Estado mantiene

con la Unión Europea. En cualquier caso el contenido del artículo responde más bien a los mecanismos de control que la Unión Europea tiene establecidos en relación a determinadas actividades de los Estados y cuyo ejemplo más característico es el control de las ayudas públicas concedidas por estos.

Como es sabido la materia «relaciones internacionales» es una competencia exclusiva del Estado («ex» art. 149.1.3º CE) y el contenido del artículo transcrito descansa sobre esta consideración, pues es el Estado quien asume de manera directa el cumplimiento de los compromisos y obligaciones con la Unión Europea, de ahí que se deban canalizar a través de estas las comunicaciones a las que el art.10 se refiere. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional 172/1992 y 80/1993 se han pronunciado a este respecto en el sentido de que la información «ha de hacerse a través del conducto que determine el Estado, a quien corresponde no sólo la relación directa con la Comisión, sino también aunar las diversas informaciones que reciba de los restantes entes autonómicos para facilitar a la Comisión como un todo y no separadamente la información solicitada».

El precepto recoge este planteamiento, pero al mismo tiempo garantiza que el Estado realizará esta función de intermediación y que las Comunidades Autónomas comunicarán la información al Estado en tiempo hábil, estableciendo para ello un plazo general de 15 días y remitiéndose al plazo exigible en cada procedimiento en los demás casos.

El primer antecedente significativo de la fórmula que la LRJPAC establece lo constituyó el Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre, fruto de los acuerdos alcanzados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el seno de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (hoy Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea) para la comunicación de las ayudas a la Comisión Europea.

Esta norma establecía un procedimiento para facilitar el cumplimiento de la obligación de comunicación previa de las ayudas públicas a las Comunidades Europeas en los supuestos en los que así lo establecía el Tratado de Roma en sus artículos 92 y 93. El procedimiento respondía a la proliferación de órganos públicos con competencia para la concesión de beneficios económicos, y ante las exigencias de tomar en consideración la posible acumulación de ayudas públicas concedidas a una misma actividad o proyecto económico.

Como es sabido el incumplimiento del requisito de notificación previa reviste especial trascendencia pues la concesión de ayudas sin comunicación previa y por tanto sin que la Comisión se pronuncie sobre la compatibilidad de las mismas, constituye una infracción de las obligaciones contraídas por España como Estado miembro y puede suponer la obligación de reembolso de dichas ayudas por parte de las empresas beneficiarias, tal como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El procedimiento que el Real Decreto contempla consiste, fundamentalmente, en que las Administraciones o Entes públicos que se propongan establecer, conceder o modificar cualquier tipo de ayudas que deban ser objeto de comunicación previa a la Comisión de las Comunidades Europeas, conforme a los Tratados constitutivos de éstas, deben enviar los oportunos proyectos a la Secretaría de la Comisión Interministerial para Asuntos Económicos relacionados con las Comunidades Europeas. Los proyectos deben ser remitidos a la Comisión Interministerial con la antelación suficiente ( tres meses ) para permitir, en su caso, la entrada en vigor de la medida proyectada en las fechas previstas. Posteriormente el Ministerio de Asuntos Exteriores remite (en el plazo de un mes contado

desde la recepción del correspondiente proyecto) a la Comisión U.E. los proyectos de ayudas examinados por la Comisión Interministerial.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Aja, Eliseo y García Morales, María J.: ***Las relaciones entre comunidades autónomas: problemas y perspectivas***. En Informe Comunidades Autónomas. Instituto de Derecho Público, vol. I, págs. 645-672. Barcelona 2000
- ***El sistema jurídico de las comunidades autónomas***. Tecnos. Madrid 1985.
- Ministerio de Justicia. ***La dimensión constitucional de la colaboración autonómica***. En VV. AA. ***XXVII Jornadas de Estudios: autonomías y organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro***. Ministerio de Justicia. Madrid 2005
- Alba Navarro, M: ***Los acuerdos de cooperación entre las comunidades autónomas y las Cortes Generales***, en J. M. Vera Santos, coord.: ***Senado como Cámara de representación territorial y las función de los Parlamentos.***: Dykinson, Madrid 1998.
- Alberti Rovira, E.: ***Técnicas jurídicas y relaciones de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas y de éstas entre sí***, en AA. VV., ***Técnica normativa de las comunidades autónomas***. Comunidad de Madrid-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- Beltrán Aguirre, Juan Luís. ***Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación***. Documentación Administrativa, núm. 271-272, págs. 207-236. 2005

- **Relaciones entre las Administraciones públicas**, en VV. AA.: **La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común**, págs. 41-70. Tecnos. Madrid 1993
- Calafell Ferrá, Vicente Juan: **Los convenios entre comunidades autónomas**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2006
- Cano Bueso, J: **Comunidades autónomas e instrumentos de cooperación internacional**. Tecnos. Madrid 1990.
- Fernández Montalvo, R.: **Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación**. Marcial Pons. Madrid 2000.
- González García, Ignacio. **Un distingo constitucionalmente relevante: convenios de colaboración vs. acuerdos de cooperación entre comunidades autónomas**. Revista de Estudios Políticos, núm. 145 (nueva época), págs. 97-118. 2009
- Grifo Benedicto, M.<sup>a</sup> Amparo. **Las entidades locales y las relaciones interadministrativas**. Iustel. Madrid 2009.
- Gutiérrez Vicén, C.: **La intervención de las Cortes Generales en la celebración de convenios entre comunidades autónomas: la aparición de nuevos problemas**. Corts. Anuario de Derecho Parlamentario 9. 2000.
- López Aguilar, F.: **Hechos diferenciales y federalismo competitivo**. Revista de Derecho Política UNED, 48-49. 2000.
- López Rodó, L.: **Estado y Comunidades Autónomas**. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid 1984
- Martín Huerta, P.: *Los convenios interadministrativos*. INAP. Madrid 2000.
- Martín Rebollo, I.: **Las nuevas formas de administración autónoma y las empresas públicas en las relaciones de colaboración entre**

**comunidades autónomas**, en AA. VV. **Las relación interadministrativas de cooperación y colaboración**. Institut d'Estudis Autònòmics. Barcelona 1993.

- Menéndez Rexach, A.: **La cooperación: ¿un concepto jurídico?**. Documentación Administrativa, núm. 240, octubre-diciembre 1994.

- Muñoz Machado, S.: **Derecho público de las comunidades autónomas**. Civitas. Madrid, 1982.

- Navarro Munuera, A.: **Las relaciones interautonómicas de colaboración: mecanismos y posibilidades de articulación orgánica**. Revista de Administración Pública, núm. 120, 1989.

- Pallarés Serrano, Anna. **El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y colaboración y relación con el concepto de integración**. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 131, págs. 485-515. 2006

- Parejo Alfonso, Luciano. **Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas**. Revista de Administración Pública, núm. 174, págs. 161-191. Madrid.

- Pérez Calvo, Alberto. **Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas**. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 235. INAP. Madrid 1987.

- Rodríguez Arana, J. y García Mexía, P.: **Curso de Derecho público de las comunidades autónomas**. Montecorvo e INA. Madrid 2003.

- Rodríguez Santiago, J. M.: **Los convenios entre las Administraciones públicas**. Marcial Pons. Madrid 1997.

- Ruiz Robledo, A.: ***Sobre la naturaleza jurídica de los convenios entre las comunidades autónomas***, en A. Monreal, ed. ***El estado de las autonomías***. Tecnos. Madrid 1991.
- Santolaya Machetti, P. ***Descentralización y cooperación***. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid 1984.
- Tajadura Tejada, J.: ***El principio de cooperación en el Estado autonómico***. Comares. Granada 2000.
- VV. AA.: ***Desarrollo del principio de colaboración en el estado de las autonomías***. VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública. Sevilla 2004.

Juan José Galego Fouz

# **III.- TEORÍA XERAL DO DEREITO E DEREITO CIVIL**





# **1. LAS FUENTES DEL DERECHO: TEORÍA GENERAL Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA**

## **TEMA 1**

### **LAS FUENTES DEL DERECHO: TEORÍA GENERAL Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA**

#### **1. LAS FUENTES DEL DERECHO: TEORÍA GENERAL Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL**

##### **1.1. EL CONCEPTO DE «FUENTES DEL DERECHO»**

La noción de **fuentes del Derecho** es uno de los conceptos primarios que debe conocer cualquiera que se acerca al fenómeno jurídico. El objeto de este concepto, de carácter metafórico, es la **creación de las normas jurídicas**. A través de la teoría de las fuentes se determina tanto el sujeto que crea las normas, como la manera en la que se produce su creación. Se trata de una noción que posee varias acepciones, de entre las cuales las más trascendentes son las dos que se expondrán a continuación:

**1º Fuentes del Derecho en sentido material.** Con este nombre se conoce a todos aquellos sujetos, organismos, instancias o realidades que tienen el poder de crear normas jurídicas. Cualquiera que tenga el poder de crear normas de Derecho es fuente del mismo. Así podemos decir que el Estado, en cuanto tiene poder para crear normas jurídicas, es fuente de Derecho.

Ahora bien, debe quedar claro que no sólo el Estado es fuente del Derecho en el sentido que analizamos. En efecto, las normas jurídicas, para ser consideradas como tales, deben haber sido asumidas por el Estado. Una norma sólo se convierte en norma jurídica cuando el Estado la considera como tal, otorgándole la nota de la coactividad (que supone que el propio Estado asume su imposición forzosa en caso de que no se produzca el cumplimiento voluntario de la norma por parte de cualquiera

de sus destinatarios). Sin embargo, esto no significa que todas las normas jurídicas provengan o hayan sido creadas por el Estado. Existen otras instancias o realidades que también son capaces de crear normas jurídicas, y que, por lo tanto, también son fuentes materiales del Derecho. Por ejemplo, los grupos sociales son también fuente material del Derecho en tanto también tienen el poder de crear normas jurídicas: las costumbres.

**2º Fuentes del Derecho en sentido formal.** Con este nombre se conocen a todos aquellos medios o maneras de establecer las normas jurídicas. Son las distintas formas que adoptan las normas jurídicas cuando son creadas por los distintos sujetos o instancias que tienen poder para crearlas. Así, podemos decir que la ley, en cuanto es el modo o manera en el que se establecen normas dictadas por el Estado, es fuente del Derecho en sentido formal. De la misma forma, la costumbre es fuente del Derecho en sentido formal, debido a que es el modo en el que los grupos sociales crean normas jurídicas.

A lo largo de los párrafos que siguen, explicitaremos en cada momento si estamos hablando de fuentes materiales o formales; pero es conveniente precisar que, en la mayor parte de las ocasiones, con la expresión fuentes del Derecho se alude a las fuentes formales. Buen ejemplo de ello es el propio Código Civil que define las fuentes formales del Derecho español en su artículo 1º.1: *“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”*.

## **1.2. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL (DERECHO INTERNO)**

En el Derecho español, la regulación de las fuentes del Derecho se ha contenido tradicionalmente en el Código Civil. Incluso en la actualidad, a pesar de la enorme trascendencia de la regulación constitucional en lo que se refiere al sistema de fuentes del Derecho, el precepto de referencia en

esta materia sigue estando en el artículo 1º del Código Civil. Este artículo del Código Civil, que hemos transcrito al final del apartado anterior, dispone no sólo un listado de fuentes formales del Derecho, sino también una ordenación jerárquica de las mismas: 1º la ley; 2º la costumbre, 3º los principios generales del Derecho. Por otra parte, dado que cada una de las fuentes materiales del Derecho tiene también una forma o manera peculiar de crear normas jurídicas, la clasificación jerárquica del Código afecta igualmente a las fuentes materiales: 1º el Estado (que es quien dicta las leyes); 2º los grupos sociales (que son quienes crean las costumbres). En el presente apartado, nos ocuparemos de desarrollar esta ordenación jerárquica de las fuentes del Derecho español, aunque la cuestión de la trascendencia que posee el hecho de que una norma tenga uno u otro rango jerárquico lo trataremos en el epígrafe siguiente.

**1.2.1. LA LEY.** Ya se ha dicho que el Estado es quien determina (precisamente mediante el establecimiento del sistema de fuentes) qué normas forman parte del Derecho y cuáles no –al margen de quién las haya creado-. Además de esa función, el Estado también realiza una intensísima tarea de creación de normas jurídicas, convirtiéndose en una fuente material del Derecho de una trascendencia incomparable con las demás. Las normas que crea el Estado reciben en general el nombre de leyes. Cualquier norma creada por un órgano estatal (las Cortes Generales, el Parlamento gallego, el Gobierno, la Xunta, un Ministerio etc.) es una ley. La ley es la fuente de Derecho más importante y, por consiguiente, ocupa el primer lugar en la pirámide normativa. **Las leyes**, frente a las demás fuentes del Derecho, se caracterizan por ser siempre normas escritas, elaboradas a través de un procedimiento formal regulado por otras normas jurídicas y dotadas de abstracción y generalidad. Para su validez, las leyes deben reunir los requisitos de legitimidad exigidos para cada una de ellas: deben haber sido elaborados por un órgano del Estado con poder para producir el tipo de ley de que se trate y estar dotadas de un contenido

respetuoso con la jerarquía normativa; así como reunir las exigencias formales exigidas por su procedimiento de elaboración. La publicación es un requisito esencial de todas las leyes. La publicación se hará necesariamente en el Boletín Oficial que corresponda de forma íntegra (en el BOE las estatales, y en el boletín que disponga el Estatuto de autonomía en el caso de las CCAA). Salvo que la propia ley disponga otra cosa, las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (o del Diario Oficial de la CCAA correspondiente en el caso de las leyes autonómicas). Dentro de las leyes, es preciso distinguir varios tipos o clases. Al igual que sucede con las fuentes del Derecho en general, estos tipos o clases también se encuentran ordenados jerárquicamente.

**1º La Constitución:** es la norma suprema del ordenamiento jurídico, fundamento de la propia existencia y legitimidad del Estado (art. 1 CE). Realmente no se trata de una ley, pues más que ser creada por el Estado es ella la que le da forma y justificación al mismo. La Constitución, en este sentido, es la fuente de las fuentes del Derecho, pues todas, al igual que el Estado, encuentran en ella su legitimidad y justificación. Sin embargo, en las exposiciones que siguen el orden del CC se suele incluir a la Constitución en la referencia a la ley, a falta de otro lugar mejor en el que colocarla.

**2º Los Tratados Internacionales** son el resultado de un acuerdo entre dos o más Estados. Su inserción en el ordenamiento jurídico español exige que haya sido ratificado por el Estado español. La Constitución establece que los *“Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”*. Ello implica, según DIEZ PICAZO, que el constituyente asumió la doctrina previa del Tribunal Supremo que declaraba que los Tratados objeto de ratificación tenían la categoría de Leyes internas. Ahora bien, como es evidente, a diferencia de las leyes, la disposiciones de un tratado

internacional *“solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”*.

**3º La Ley:** Las Leyes son las normas jurídicas dictadas por el órgano del Estado que tiene **Poder Legislativo**. (El Estado español, como veremos, está fundado en el principio de división de poderes y atribuye a órganos diferentes el ejercicio de los tres poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial). Los órganos que tienen poder legislativo en los modernos estados constitucionales como el español son los Parlamentos. En nuestro Estado, el Parlamento central se denomina **Cortes Generales**, y están compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado. En el Estado español también poseen poder legislativo **Parlamentos Autonómicos** con poder para dictar Leyes en sus respectivas Comunidades Autónomas. Las relaciones entre las leyes dictadas por las Cortes y las emanadas del los Parlamentos de las Comunidades autónomas se articulan en torno al principio de competencia.

La Ley es la fuente del Derecho más importante tras la Constitución. Mediante la Ley se puede regular cualquier materia o cuestión. De hecho, en principio, la división de poderes significa que la regulación normativa de la realidad, con carácter general y abstracto, corresponde al poder legislativo a través de las Leyes. Ciertamente existen otras normas jurídicas dictadas por el poder ejecutivo, pero estas normas –los reglamentos– están subordinados a la Ley y sólo se justifican en la medida en que constituyan un desarrollo de normas con rango de Ley. Además, hay determinadas materias que sólo pueden regularse por Ley, o mediante un determinado tipo de Ley en particular. Esta situación, que impide la regulación mediante reglamentos de una determinada materia jurídica se denomina reserva de Ley –o, por ejemplo, reserva de Ley Orgánica, si se

trata de una materia reservada sólo a este tipo de norma con rango de Ley-.

Dentro de las Leyes, es preciso distinguir dos tipos fundamentales [limitándonos a partir de ahora, solamente a las Leyes dictadas por las Cortes Generales]: a) Las **Leyes orgánicas (art. 81 CE)**: Estas leyes sirven para desarrollar los órganos del Estado contenidos en la Constitución (de ahí su nombre), y los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en ella. Debido a la importancia de los asuntos que regulan sólo pueden ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados (no del Senado). b) Las **Leyes ordinarias**, las cuales sirven para cualquier otra materia, constitucional o no, que quieran regular los miembros de las Cortes Generales. Para la aprobación de estas Leyes ordinarias es suficiente con la mayoría simple de los miembros de las Cortes Generales (primero del Congreso y después del Senado).

Por último, tienen también rango o valor de Ley (y por consiguiente ocupan su mismo lugar en la pirámide normativa), ciertas disposiciones que no han sido elaboradas, ni dictadas por el Parlamento, sino por el Gobierno. Se trata de disposiciones que sólo pueden ser aprobadas de forma muy excepcional (pues el Gobierno no tiene poder legislativo).

La primera de ellas se denomina **Decreto-Ley (art. 86 CE)**. Su finalidad es la de servir para dictar normas con rango de Ley sobre un asunto que las requiera *con extraordinaria y urgente necesidad*. Se permite al Gobierno, sólo en tales casos, dictar un Decreto-Ley rápidamente con el fin de evitar los retrasos, debates y negociaciones que conlleva necesariamente la tramitación parlamentaria de una Ley. De cualquier modo, el Decreto-Ley no puede usarse para regular ciertas materias especialmente peligrosas para los ciudadanos o el sistema político (como los derechos fundamentales de los ciudadanos o el procedimiento electoral

), y siempre debe ser ratificado con el tiempo por el Congreso de los Diputados.

La segunda fuente con rango de Ley emanada del Gobierno es el **Decreto legislativo (arts. 82 a 85 CE)**. En este caso es el propio Parlamento (las Cortes Generales o el Parlamento autonómico –cuando esta posibilidad se haya contemplado en el Estatuto, como sucede con el Estatuto de Autonomía de Galicia –art. 10.1.a-) el que encarga al Gobierno correspondiente que dicte la norma con rango de Ley debido a ciertos motivos concretos (el Parlamento **delega** la elaboración de la Ley en el Gobierno por esos motivos). Estos motivos son, bien la extraordinaria dificultad de la redacción técnica de una determinada Ley, o bien la existencia previa de un conjunto de Leyes sobre la misma materia, contradictorias, reiterativas y confusas que es preciso reunir en una sola Ley coherente. En el primer caso, se aprobará una Ley de Bases, en la que se contendrán los criterios esenciales que deberá seguir el ejecutivo al elaborar la legislación delegada (así se aprobó, naturalmente en otro contexto constitucional distinto, el Código Civil). En el segundo caso se aprobará por el Parlamento una Ley ordinaria en la que se señalará el ámbito y plazo de la armonización encargada. La razón última de la legislación delegada radica en que el Gobierno es más apto que el Parlamento para resolver estas dificultades meramente técnicas, debido a su mayor facilidad para acudir a organismos o comités técnicos de expertos que le asesoren en su labor. Una vez que el Gobierno termina su tarea, ésta es controlada por el Parlamento, el cual debe comprobar si el Gobierno se ha excedido o no en el encargo que se le confió.

**4º Los reglamentos:** Los reglamentos son las normas jurídicas dictadas por el **Poder Ejecutivo**. El Poder Ejecutivo lo conforman todos los organismos e instituciones que forman parte de la **Administración Pública**. Poseen la potestad de dictar reglamentos, tanto la Administración



General del Estado (cuya cabeza es el Gobierno, art. 98 CE) como las Administraciones autonómicas, y las Administraciones locales.

Los reglamentos son normas siempre subordinadas a las Leyes, cualesquiera que éstas sean; Leyes que, por lo tanto, no pueden contradecir ni violentar en ningún caso. En el ordenamiento jurídico español están prohibidos los llamados reglamentos independientes, esto es, reglamentos que regulan una materia no reglamentada previamente a través de una Ley, y sin la habilitación previa de una Ley para hacerlo. Únicamente es viable un reglamento independiente en el ámbito de la llamada potestad doméstica de la administración, esto es cuando se trata de regula sólo materias organizativas o domésticas de la propia Administración, y siempre y cuando no queden afectados en ningún caso los derechos de los administrados.

Ello es así porque la finalidad del reglamento es desarrollar las normas contenidas en las Leyes, precisando y concretando la regulación de la realidad que aquéllas efectúan. Las Leyes son normas, en la mayoría de los casos, muy generales y abstractas, que necesitan en muchos aspectos ser desarrolladas. Este desarrollo es realizado por el Poder del Estado encargado, precisamente, de ejecutar las leyes (de llevar a cabo el programa que en ellas se diseña): el Poder Ejecutivo. En muchas ocasiones son las propias leyes las que se remiten expresamente a los reglamentos para que regulen ciertas cuestiones administrativas o de detalle.

Existen distintos tipos o clases de reglamentos, que se ordenan (también) jerárquicamente en función del órgano que los dicta. El más importante de los reglamentos es el **Real Decreto**, que elabora el Gobierno; y el segundo en importancia la **Orden Ministerial**, que dicta un ministro del Gobierno. En Galicia el equivalente de estos dos Reglamentos son los *Decretos* de la Xunta y las *Ordes* de las Consellerías. Además de

estos dos existen muchos otros que reciben nombres de lo más variopinto: reglamentación, bando, circular..., y que corresponden a la infinidad de órganos que componen la Administración Pública.

**1.2.2. LA COSTUMBRE.-** La costumbre es el modo de crear normas jurídicas que tiene un determinado grupo social. La norma jurídica creada por el grupo recibe también el nombre de costumbre. Podemos definirla como **la regla jurídica que crea un grupo social, realizando siempre el mismo comportamiento ante la misma situación de hecho.**

Cuando un grupo de individuos determinado (los que viven en la parroquia rural X, los empresarios, los abogados, los agricultores de Quiroga, los gallegos, los navarros, los habitantes de A Coruña, o cualquier otro grupo social definido por su pertenencia a una determinada zona geográfica, profesión, etc.), realiza siempre el mismo comportamiento ante la misma situación, se afirma que lo hace por costumbre. Así pues, el Derecho no hace más que reconocer como normas jurídicas a esos comportamientos reiterados y generales. Ahora bien, no toda costumbre en sentido coloquial es costumbre jurídica, sino que para ello es preciso que reúna estas dos condiciones:

- El contenido de la costumbre debe conformada a través de comportamientos reiterados, uniformes, generalizados y constantes.
- Debe ser respetada y cumplida por todos los miembros del grupo social de que se trate.
- Debe ser considerada por todos los miembros del grupo social como una regla jurídicamente obligatoria (*opinio iuris seu necessitatis*). Es decir, como un regla que debe ser obedecida porque, efectivamente, es obligatorio (y no voluntario) obedecerla.
- No puede ser contraria a la moral, al orden público, y debe regular una materia que carezca de regulación en la ley -costumbre *praeter legem*- (art. 1.2 CC). La costumbre es una norma subordinada a la ley

y, por consiguiente no pueden existir costumbre contrarias a la ley (*contra legem*). Ello no es óbice, sin embargo, para que una costumbre que desarrolle, precise o interprete una ley no tenga operatividad alguna. Por el contrario, estas costumbres, llamadas *secundum legem*, son aquéllas a las que se refiere el artículo 2.2 LDCG, ordenando que las normas que componen el Derecho civil de Galicia se interpreten e integren desde sus usos y costumbres.

Si reúne estos requisitos, la costumbre se convierte en la fuente de una norma jurídica que vincula a todos los miembros del grupo social que la ha creado. Si alguno de ellos no la sigue, estará actuando en contra del Derecho y, por consiguiente, podrá ser demandado ante los Tribunales. Ahora bien, para hacer valer una costumbre ante los Tribunales es preciso **probar** su existencia por parte del ciudadano a quien le interese alegarla en un proceso (art. 1.2 CC).

En efecto, a diferencia de lo que sucede con las normas contenidas en las leyes o en los principios generales, con relación a las que juega la máxima *iura novit curia*, y que por tanto no precisan ser alegadas y probadas por las partes del proceso en orden a su aplicación, las costumbres deben resultar probadas durante el proceso judicial para que el juzgador las aplique al supuesto objeto de su decisión. Este requisito de la prueba de la costumbre es exigido expresamente por el art. 1.3 del CC en relación con el Derecho civil estatal y, *a contrario*, por el art. 2.1 de la LDCG en el marco del Derecho civil de Galicia. Así pues, tanto en el Estado español como en la Comunidad Autónoma gallega una costumbre sólo podrá constituirse en norma destinada a resolver un determinado conflicto en sede judicial en el caso de que resulte probada.

De acuerdo con lo que se ha señalado hasta ahora, puede concluirse que la costumbre recibe un tratamiento procesal idéntico al que se concede

a los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes. Ello no puede sorprender habida cuenta de la génesis y el modo de ser de la costumbre, que nace y pervive como hecho reiterado por el grupo social que la crea; y que tal hecho reiterado difícilmente será accesible a personas, como el juzgador, ajenas a ese grupo social. Sin embargo, la costumbre es una norma y, por lo tanto, es Derecho.

Esta naturaleza dual hecho-Derecho, propia de la costumbre, es la que se encuentra en la génesis de la norma sobre costumbres notorias. Si el juzgador sabe objetivamente que existe y es aplicable al litigio del que está conociendo una costumbre, por su notoriedad o conocimiento público, en el Derecho civil de Galicia se dispone expresamente que éste debe utilizarla como norma con la que solventar el asunto sometido a su jurisdicción. Por el contrario, si el conocimiento del juzgador de la costumbre se debe a circunstancias distintas de su notoriedad, entonces no debe aplicarla. Además, se dispone expresamente que son notorias las costumbres «compiladas» y las aplicadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia (art. 2º LDCG).

La costumbre es una fuente del Derecho de importancia secundaria, pero ello no puede hacernos creer que carezca de toda trascendencia. Por el contrario, existen actividades y sectores económicos o sociales en los que la costumbre adquiere una importancia muy especial. Así sucede en relación con las relaciones entre fundos dedicados a explotaciones agrícolas y su uso, donde muchas de las cuestiones que más interesan a los titulares de explotaciones están regidas por costumbres: distancias entre plantaciones, modos de aprovechamiento de los terrenos, etc. Igualmente, la costumbre posee una importancia crucial en el ámbito de los negocios. Especialmente en el tráfico internacional en el que la ausencia de Estado ha conducido a la formación de un rico grupo de costumbres y usos

mercantiles transnacionales, por el que se sienten vinculados los empresarios de cualquier país en sus relaciones comerciales.

**1.2.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.** La tercera y última fuente del ordenamiento jurídico español contenida en la relación del CC son los principios generales del Derecho. Los principios generales del Derecho pueden definirse como las normas jurídicas básicas y comunes respecto de las singulares normas que componen el ordenamiento jurídico. Ello se deriva del hecho de que sean:

- Principios, esto es, la raíz, el fundamento, el origen o la base de algo. Se trata de normas de carácter básico o fundamental.
- Generales, lo que significa que tienen una proyección universal o común respecto de la realidad a la que se refieren.
- Del Derecho, lo que implica que la realidad de la que son base y respecto de la que tienen esa proyección general es el Derecho.

Los principios generales del Derecho y su existencia y virtualidad se han explicado desde distintos puntos de vista:

a) La primera posición que debemos analizar es la positivista. Para ella, los principios no serían más que máximas extraídas por vía de abstracción de las singulares normas que pueblan el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, un principio general del Derecho extraído de todo el ordenamiento jurídico sería la regla *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser respetados). Esta regla nacería a partir de un nutrido grupo de normas concretas que obligan a los sujetos que conciertan un pacto a sujetarse a su contenido (las reglas concretas que establecen que los contratos, los matrimonios, los tratados internacionales, los convenios urbanísticos etc. deben ser respetados por quienes los celebran, firman, contraen, etc.). Y lo mismo se podría decir, desde esta posición, de un principio general de un solo sector del ordenamiento como el principio *pro operario* que preside el Derecho laboral. De conformidad con éste, todas las normas de Derecho

laboral deben interpretarse de manera favorable o favorecedora de los intereses del trabajador. El principio se extraería de todas aquéllas normas de Derecho del trabajo que se han introducido para limitar los poderes que posee el empresario como parte fuerte de la relación laboral.

b) Una segunda posición a analizar es la que conecta a estos principios bien con el Derecho natural (posición iusnaturalista), bien con las convicciones jurídicas básicas de la sociedad (posición sociológica). Ambas se enfrentan a la positivista argumentando que, con ella, los principios no aportan nada, son simples epítomes o resúmenes de lo establecido en otras normas, y no pueden tener, por lo tanto, la virtualidad de fuentes autónomas del Derecho que les concede el art. 1.4 CC en el que encontrarían su raíz última, y que los distinguiría. Para la posición iusnaturalista los principios tendrían su origen en el Derecho natural, y para la sociológica en la conciencia social de la comunidad, en las convicciones básicas de la sociedad acerca de lo que es justo e injusto. Estas dos posiciones, en cualquier caso, no niegan la existencia de principios en el sentido defendido por el positivismo, estos tendrían su valor técnico en cuanto servirían como instrumento para interpretar correctamente las normas y posibilitar su aplicación analógica; pero los verdaderos principios generales del Derecho, para ambas, tienen que tener un origen y un fundamento distinto de las propias normas que componen la ley y la costumbre.

La misión de los principios generales del Derecho en nuestro ordenamiento es doble:

1º **Función supletoria:** Los principios colman los vacíos o lagunas normativas existentes en el ordenamiento jurídico, cuando la ley y la costumbre no dan respuesta a un problema o cuestión que debe ser resuelto, con las soluciones extraídas de los mismos. En este sentido, los principios son los que permiten afirmar que el ordenamiento jurídico es completo, es decir, que todos los conflictos que puedan surgir en la

realidad encuentran su solución en el Derecho. Si la ley o la costumbre no contienen la respuesta jurídica que se requiere, entonces es preciso encontrar la solución en los principios. Por esta razón, el art. 1.7 del CC puede establecer la clásica regla del «*non liquet*» que: *“los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan conforme al sistema de fuentes establecido”*.

**2º Función interpretativa:** Los principios sirven para interpretar correctamente las normas jurídicas. Su valor informador del ordenamiento jurídico supone que siempre que se quiera desentrañar el significado de una norma debe conferírsele el significado que sea más acorde con los principios. Por lo demás, cuánto más conectada está la norma con los principios más susceptible será de una interpretación extensiva. Además, si una norma se opone a los principios, debe reputarse derecho excepcional y, por consiguiente, quedará sujeta a las restricciones establecidas en el art. 4.2 CC.

### **1.3. LAS FUENTES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: TRATADOS CONSTITUTIVOS, REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y DIRECTIVAS**

El Estado español, desde el año 1982, ha pasado a formar parte de una organización o entidad supraestatal denominada, en la actualidad, **Unión Europea**. Esta organización nacida en los años 50' se impuso como finalidades la **progresiva unión económica y política entre los distintos Estados europeos**. Los medios y poderes que posee para la consecución de estos ambiciosos fines convierten a la UE en una organización muy distinta de las organizaciones internacionales clásicas (ONU, UNESCO, Consejo de Europa, etc.).

En efecto, la UE, a diferencia de las demás organizaciones internacionales, exige una **cesión de soberanía** de los Estados que forman parte de ella. Los Estados que ingresan en la UE ceden parte de su

poder soberano de autodecisión a la Unión. Desde que un Estado ingresa en la UE, ya no puede decidir, por ejemplo, sobre política monetaria (la fijación del tipo de interés, v.gr. la realiza el Banco Central Europeo), ni sobre política agrícola (el reparto de cuotas de producción lo realiza la UE), ni sobre el establecimiento de aduanas en las fronteras, ni sobre circulación de capitales, mercancías y trabajadores comunitarios, e incluso algunos no pueden acuñar moneda propia (los que han adoptado al Euro como tal), etc. Respecto de todos estos ámbitos de poder decisorio que el Estado cede, la UE tiene a partir de la integración **la facultad de dictar normas jurídicas** para todos los Estados que la conforman, convirtiéndose, así, en fuente del Derecho en sentido material. El Derecho comunitario se divide en dos grandes grupos normativos: el Derecho originario y el Derecho derivado:

El **Derecho originario** es el Derecho supremo de la Unión Europea, y prevalece sobre cualquier otra fuente de Derecho nacional o comunitaria. El Derecho primario incluye esencialmente los Tratados fundacionales de la UE y sus modificaciones, incluidos los Tratados de adhesión de los distintos Estados que se han ido incorporando a la UE. Estos tratados contienen las normas formales y materiales que enmarcan la aplicación de las políticas de las instituciones europeas. También determinan el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, así como la organización del poder de las instituciones comunitarias y su actuación. Los dos más trascendentes en la actualidad son el Tratado de la Unión Europea (TUE) -Tratado de Maastricht de 1992-, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) -que ha sustituido al Tratado de Roma de 1957, por el que se creó la CEE-.

El **Derecho derivado** es el Derecho creado por las instituciones de la UE en virtud del poder normativo contenido en los Tratados que conforman el Derecho originario. Todo el Derecho derivado es el desarrollo y la



ejecución de los principios y fines de la UE, tal y como se definen en sus normas constitutivas. Las fuentes formales, o modos en los que se manifiesta el poder de dictar normas de la UE, más importantes son: el Reglamento Comunitario y la Directiva.

- El Reglamento Comunitario (que no debe confundirse con el tipo de ley llamada Reglamento de la pregunta anterior): Es la fuente del Derecho derivado más importante de la UE. El Reglamento Comunitario obliga directamente a todos los Estados y a todos los ciudadanos de la Unión a cumplir lo que en él se haya dispuesto. Los Reglamentos Comunitarios en virtud del principio de primacía son superiores jerárquicamente a cualquier norma estatal, del rango que sea.

- La Directiva: Las normas que se aprueban mediante una Directiva obligan únicamente a los Estados miembros de la Unión a modificar su legislación interna para incorporar en ella los contenidos exigidos por la Directiva. Los ciudadanos, en principio, no están vinculados por la Directiva. Sólo cuando el Estado miembro haya incorporado las normas de la Directiva a sus Leyes internas comenzarán éstas a obligar al ciudadano. Se trata de un instrumento con el que se pretende aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros, pero permitiendo a cada uno de ellos acomodar las normas a las peculiaridades de su sistema jurídico. La Directiva vincula a los Estados miembros destinados en cuanto al resultado a alcanzar, pero deja a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios. En todo caso, si el Estado deja transcurrir el plazo concedido por la Directiva para su transposición, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que, en caso de que conceda derechos precisos a los particulares frente al Estado, estos podrán invocarlos aunque no se haya producido la transposición (efecto directo vertical de la directiva). Sin embargo, no podrán invocarse derechos concedidos por una Directiva no traspuesta en las relaciones entre particulares (ausencia de efecto directo vertical de la Directiva). En caso de que el derecho invocado frente al

Estado sea de imposible realización, los tribunales nacionales podrán condenar al Estado a abonar una indemnización de daños y perjuicios al ciudadano invocante.

#### **1.4. LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN**

En sentido amplio, se llama **jurisprudencia a la doctrina contenida en las resoluciones de los Tribunales y Juzgados**. En sus resoluciones (sentencias y autos), los jueces aplican las normas jurídicas abstractas al caso concreto que se somete a su decisión. Todos los matices, significados y posibilidades interpretativas de esas normas en relación con los distintos supuestos de la vida real, se ponen de manifiesto, por parte de los Tribunales, en los razonamientos que efectúan en sus resoluciones. Además, conocer las resoluciones que dictan los jueces es lo mismo que conocer **la interpretación**, la forma de entender las normas que tienen los órganos del Poder Judicial.

Sobre la base de lo dicho, se hace evidente la enorme importancia que tiene la jurisprudencia para los prácticos del Derecho. En efecto, al ser la jurisprudencia el modo de entender las normas del ordenamiento por parte de los órganos (Jueces y Tribunales) a los que les corresponde administrar justicia, todos los que pretendan obtener un fallo favorable de los mismos tratarán de actuar, negociar, y finalmente presentar los asuntos ante los jueces del modo que estos han calificado anteriormente como correcto y acorde a Derecho.

Sin embargo, existe otro concepto más restrictivo de jurisprudencia. **En sentido estricto la jurisprudencia es sólo la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho**. Es decir, para que haya jurisprudencia sobre un asunto es necesario que existan dos sentencias del Tribunal

Supremo que con anterioridad ya lo hayan resuelto de idéntica manera. Esta jurisprudencia en sentido estricto se establece que “*complementará el ordenamiento jurídico*” (art. 1.6 CC).

Desde hace mucho tiempo, se viene discutiendo si la jurisprudencia en sentido estricto es o no fuente del Derecho. Si así lo fuese las sentencias contendrían normas jurídicas y, por lo tanto, vincularían a todos los ciudadanos y poderes públicos. Si, por el contrario, no lo fuese, las decisiones del Tribunal Supremo sólo afectarían a los participantes en el juicio concreto que se resolviese por la sentencia. Tradicionalmente se ha entendido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a su trascendental valor práctico y a su autoridad y prestigio (pues es el órgano jerárquicamente más importante del Poder Judicial ordinario), no es fuente del Derecho y no tiene fuerza vinculante para los demás tribunales y juzgados. Sin embargo, en los últimos tiempos, se está comenzando a abrir paso una corriente favorable a la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Esta corriente ya se ha plasmado en alguna norma legal (la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que, por ahora excepcionalmente, ordena a todos los jueces y tribunales sujetarse a lo establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias anteriores.

### **1.5. OTRAS POSIBLES FUENTES DEL DERECHO**

Es usual en las exposiciones del sistema de fuentes hacer alusión a algunas otras posibles fuentes formales o materiales distintas de las enunciadas hasta ahora, para debatir acerca de su condición de tales. En este sentido, es habitual hacer referencia a que la doctrina científica, conformada por la opinión de los jurisconsultos dada a conocer a través de las publicaciones científicas de prestigio; para inmediatamente negar su condición de fuente del Derecho resaltando su importancia práctica y su trascendencia para la evolución progresiva del sistema jurídico. Igualmente

es frecuente plantearse la posibilidad de que la autonomía privada, y alguno de los negocios jurídicos a los que da lugar (el contrato, el testamento, etc.) puedan ser fuentes del Derecho. Al igual que en el caso anterior, ello se hace para inmediatamente poner de manifiesto que estas manifestaciones del poder de autorregulación de los particulares sólo son vinculantes para los sujetos que han participado en su creación y para sus causahabientes; por lo que carecen de carácter verdaderamente normativo. Dentro de esta categoría de las normas nacidas de la autonomía privada, sin embargo, un cierto número de autores reconoce el carácter de fuente de Derecho a los Convenios fruto de la negociación laboral colectiva. Estos Convenios, según DÍEZ-PICAZO, son normas jurídicas independientes, cuya fuerza vinculante emana de la propia Constitución.

## **2. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y DE COMPETENCIA**

Hasta el momento nos hemos limitado a relacionar las distintas fuentes formales del ordenamiento jurídico, ordenándolas según su importancia. Sin embargo, el Derecho no es simplemente un aglomerado de normas jurídicas yuxtapuestas, más o menos trascendentes. Cada norma, por el contrario, constituye una pieza de un sistema normativo, esto es, un conjunto de elementos (las normas) ordenado de acuerdo con distintos criterios, que permiten a cualquier operador encontrar la pieza (la norma) destinada a ser aplicada para resolver el problema que necesita. En este apartado describiremos los distintos criterios de ordenación y relación entre las normas que permiten contemplar al ordenamiento jurídico como un sistema normativo.

### **2.1. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA**

Dado que es necesario seguir alguna pauta para exponer las fuentes, ya en el epígrafe inicial se han expuesto las que componen el ordenamiento jurídico español siguiendo un criterio de jerarquía o importancia relativa de las mismas. Las más trascendentes se han tratado en primer lugar, tanto al exponer las fuentes del Derecho interno, como las que forman parte del ordenamiento español en virtud de la integración del Estado en la UE. Se evidencia así que existe una relación jerárquica entre las fuentes del Derecho, y que el ordenamiento jurídico es un sistema jerárquico. Un sistema, en definitiva, en el que unas normas tienen mayor valor y rango que otras. De ahí que con gran frecuencia se represente al ordenamiento jurídico como una pirámide (la pirámide normativa) en la que las normas superiores estarían en los escalones más altos de la misma, mientras que las normas inferiores ocuparían los lugares más bajos.

La relación jerárquica existente entre las normas, representada en la pirámide normativa tiene las siguientes consecuencias:

- Las normas de inferior rango sólo pueden entrar a regular una determinada materia cuando no exista una norma de rango superior que regule la misma materia (sólo se usan las costumbres cuando no existen leyes sobre un determinado asunto). Cuando una norma de rango inferior se limita a repetir lo establecido en una de rango superior nunca será aplicada; y si contradice lo establecido por la de rango superior sucederá lo que se explicita a continuación.

- Todas las normas de rango inferior deben respetar y no contradecir las normas de rango superior (la costumbre no puede contradecir lo establecido en las leyes). Cualquier norma inferior que contradiga o se desvíe de lo dispuesto por una de rango superior será expulsada del ordenamiento por contrariar el principio de jerarquía. Así pues, en el ordenamiento español no pueden subsistir ni las Leyes inconstitucionales (que vulneran la Constitución), ni los reglamentos ilegales (por vulnerar la Ley), ni las costumbre *contra legem*, etc.

Una manifestación del principio de jerarquía, en lo que se refiere al Derecho comunitario, es el denominado **principio de primacía** del Derecho europeo. En virtud de este principio, el Derecho comunitario se impone a todas las normas que componen el Derecho interno. Todas las normas jurídicas de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE ceden en caso de conflicto entre la norma interna y la comunitaria. Ni siquiera la Constitución está a salvo de la influencia del principio de primacía. Es la consecuencia de que el Estado español haya cedido su soberanía a la UE en las materias reguladas por el Derecho comunitario.

## **2.2. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA**

En el Derecho español el poder para dictar normas no se concede a todos los sujetos habilitados para ello por igual. Existen ciertas materias o sectores de actividad que sólo pueden ser regulados con normas creadas por sujetos u órganos concretos y de acuerdo con procedimientos determinados. Así, por ejemplo, ciertas materias sólo pueden ser reguladas por las Cortes Generales mediante una Ley Orgánica, y otras sólo pueden ser reguladas por una Comunidad Autónoma o por un Ayuntamiento. Este hecho da lugar al nacimiento del llamado principio de competencia, de acuerdo con el cual **cuando ciertas materias han de regularse por un cierto órgano o sujeto, o a través de un determinado tipo de norma, ningún otro órgano o ningún otro tipo de norma puede ser utilizado para ello**. Infringe, por consiguiente, el principio de competencia una Ley ordinaria que se emplee para regular derechos fundamentales (reservados a la Ley Orgánica), o un Ley autonómica que regule las Fuerzas Armadas (materia reservada a las Cortes Generales).

En todo caso, aunque se trata de dos manifestaciones distintas del principio de competencia, se suele distinguir el tratamiento de los

problemas referentes a la necesidad de utilizar una determinada norma para regular una cierta materia de la cuestión de la distribución de competencias entre los distintos órganos del Estado. Para el primero de los problemas se suele emplear el término «reserva», hablándose de reserva de Ley o de reserva de Ley orgánica para aludir a aquellas situaciones en las que el sistema jurídico exige que una determinada materia se regule mediante Ley o mediante Ley orgánica (en el Derecho español no existe la reserva de reglamentos, de manera que no existen materias regulables sólo por reglamento y que no puedan ser objeto de regulación por Ley). El segundo de los problemas, referente a la distribución de materias entre los distintos niveles en los que se divide territorialmente la organización estatal y, por lo tanto, entre las fuentes formales producidas en cada uno de estos niveles, suele ser denominado con el término reparto o distribución de competencias.

Tanto cuando una materia se haya reservado para que sea regulada mediante un tipo concreto de fuente formal (v.gr. cuando exista una reserva de ley –como en el art. 53.1 CE- o de ley orgánica –como en el art. 81.1 CE-), como cuando la regulación de una cuestión se haya atribuido a un determinado órgano del Estado (v.gr. cuando se haya asignado a una Comunidad Autónoma competencia exclusiva para regular la materia *“Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”* (art. 148.1.3º CE), su reglamentación a través de una fuente formal distinta o por un órgano del Estado diverso del previsto infringe el principio de competencia y priva de validez a la norma empleada para ello. Es indiferente que la norma empleada para regular una materia con infracción del principio de competencia posea un rango jerárquico superior a la señalada por el principio de competencia o a la empleada por el órgano del Estado competente. Cuando juega el principio de competencia, el principio de jerarquía queda desplazado por aquél. Sólo la modificación de la norma que ha establecido el reparto de competencias o la reserva de que se trate (o la

promulgación de una norma con la virtualidad jerárquica necesaria para derogarla o modificarla) podría alterar este efecto. Así, sólo una reforma constitucional de los artículos arriba referenciados, o del Estatuto de Autonomía en el que se haya asumido la competencia, sería suficiente para permitir la regulación de las materias reservadas a la Ley a la Ley orgánica, o atribuidas a la competencia de la Comunidad Autónoma, por otras fuentes formales u otros órganos del Estado.

### **2.3. OTROS CRITERIOS DE RELACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

Además del principio de jerarquía y del de competencia existen otra serie de principios o criterios que también sirven a la misma finalidad ordenadora de las normas jurídicas. Estos criterios son los siguientes:

1) **Principio de temporalidad.** Dado que las normas jurídicas se suceden unas a otras en el tiempo (el Estado y los grupos sociales están continuamente dictando nuevas normas sobre asuntos y materias que ya estaban regulados con anterioridad), es preciso establecer un criterio que permita discriminar cuál ha de aplicarse para resolver un problema concreto. En este sentido, existe el criterio de que **la norma posterior deroga a todas las normas anteriores sobre la misma materia** (*lex posterior derogat legem anteriorem*). De este modo, cuando existan dos normas que regulen un mismo asunto o materia, la más reciente en el tiempo será la que debe aplicarse para resolverlo. El principio de temporalidad o de prioridad temporal solamente juega cuando las normas tienen el mismo rango jerárquico o cuando la posterior sea de mayor rango jerárquico que la anterior y ambas hayan sido dictadas de acuerdo con las exigencias del principio de competencia.

Debe destacarse, además, que la derogación de una norma por otra posterior en las condiciones señaladas es, en principio, la única manera en



la que una norma jurídica puede perder vigencia. El art. 2.2º del CC establece que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y que *“la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello en lo que la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”*, precisándose además que *“por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”*. La derogación se puede producir de forma expresa y también de manera tácita. La derogación expresa tendrá el alcance que la disposición derogatoria establezca. Por la derogación tácita pierden vigor todas aquellas disposiciones previas que sean contrarias o incompatibles con la nueva regulación, lo cual naturalmente requiere un esfuerzo interpretativo para su determinación. Este mismo esfuerzo interpretativo se requerirá en los casos en los que la derogación expresa se efectúa mediante la frecuente expresión de que «Se entienden derogadas por la presente todas las disposiciones que se opongan o sean incompatibles con la misma».

Pese a lo dicho, es posible que algunas leyes pierdan vigencia sin ser derogadas, cuando hayan sido dictadas expresamente para atender a una determinada situación excepcional y esta ya haya transcurrido (p. ej. una norma dictada para reglamentar el comportamiento cívico durante una catástrofe humanitaria pierden vigor al terminar la situación contemplada por la norma), o cuando se han creado con un plazo expreso de duración por el propio sujeto competente para producir las normas.

2) **Principio de territorialidad.** Dado que el Estado español está dividido en varias circunscripciones territoriales dotadas de poder para dictar normas sobre las mismas materias y asuntos (Poderes Públicos centrales, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, etc.), se hace imprescindible determinar con qué extensión territorial se aplicarán las normas creadas por cada una de estos distintos

niveles en los que está dividido el poder del Estado. En este sentido, existe en el Derecho español el principio lógico de que **cada norma sólo debe aplicarse al territorio sobre el que se extiende la potestad del órgano del Estado por el que fue creada**. En el caso de la costumbre el principio de territorialidad indica que ésta tendrá un ámbito de aplicación coincidente con el del grupo social que la practica y la ha creado. Así, si una norma sobre sanidad es dictada por una institución autonómica gallega, o si una costumbre es seguida por los ciudadanos de la comarca de Bergantiños, esas normas son aplicables exclusivamente, una a la Comunidad Autónoma de Galicia, y la otra a los habitantes de la comarca de Bergantiños.

3) **Principio de especialidad**. De conformidad con este principio las normas destinadas a la regulación de materias específicas prevalecen sobre las normas destinadas a la regular un conjunto más amplio de supuestos (este principio se expresa en el conocido aforismo *lex specialis derogat lege generale*). El principio de especialidad solamente juega cuando las normas tienen el mismo rango jerárquico o cuando la posterior sea de mayor rango jerárquico que la anterior y ambas hayan sido dictadas de acuerdo con las exigencias del principio de competencia.

### **Bibliografía:**

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Ed. Edisofer, Madrid, 2009 (18ª edic.); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2006 (4ª edic.); DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Ed. Cívitas (ed. facsímil de la realizada por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952), Madrid, 1984; DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, Madrid, 2008 (3ª edic.); DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, T. I.*, Ed. Tecnos,

Madrid, 2003 (11ª edic.); LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil. T. I. Vol. 1º*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010 (6ª edic.).

FERNANDO PEÑA LÓPEZ



## **2. EL DERECHO OBJETIVO. LAS NORMAS JURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUCTURA Y CLASES. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

## **TEMA 2**

### **O DEREITO OBXECTIVO. AS NORMAS XURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUCTURA E CLASES. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN E EFICACIA DAS NORMAS XURÍDICAS**

#### **1. O DEREITO OBXECTIVO**

##### **1.1. Concepto de «Derecho objetivo»**

El Derecho objetivo es el «Derecho» entendido como regla del obrar humano o como regla de conducta; frente al «derecho subjetivo» que se identifica con un poder o con una facultad atribuida a un determina sujeto y jurídicamente protegida (*vid.* Tema 3).

El Derecho objetivo se identifica, tradicionalmente, con el Ordenamiento jurídico o conjunto de normas que rigen en una determinada comunidad jurídica en un concreto momento histórico. En una acepción más moderna y más técnica, enunciada por SANTI ROMANO, por Ordenamiento jurídico ha de entenderse no solamente el conjunto de normas que rigen una determinada comunidad jurídicas en un momento determinado, sino también los órganos que producen esas normas y los órganos que aplican las normas jurídicas producidas. En este segundo sentido, se contempla el Ordenamiento jurídico como una realidad dinámica, en tanto que el se está constantemente elaborando y aplicando.

Tradicionalmente el Derecho objetivo se subdivide en dos grandes categorías: el Derecho público y el Derecho privado.

##### **1.2. La distinción Derecho público - Derecho privado**

El término «*Derecho privado*» se utiliza con dos significados diversos: a) Como el conjunto de normas jurídicas delimitadas según ciertos criterios, en relación con otras normas pertenecientes al mismo sistema. b) Como la rama de la ciencia del Derecho que tiene como objeto de estudio aquel conjunto de normas jurídicas. De estos dos significados del término, en esta sede ha de tomarse en consideración el primero en orden a buscar el criterio delimitador del conjunto de normas jurídicas integrantes del Ordenamiento jurídico considerado en su totalidad que integran aquélla parte del mismo a la que, por oposición al «*Derecho público*» denominamos «*Derecho privado*».

Pese a que la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado ha sido negada, con diversos fundamentos, por autores como KANT, DUGUIT o Kelsen, su mantenimiento aparece justificado por la trascendencia práctica que presenta y que se manifiesta en los principios informadores aplicables a ambos campos normativos, en el carácter que tienen sus normas con respecto a la autonomía privada, en los poderes que estas normas otorgan, en la forma de gestarse los actos dentro de cada categoría y, por último, en la jurisdicción competente para conocer de los conflictos de intereses que surjan en cada uno de esos ámbitos normativos.

Admitida la necesidad de mantener tal distinción -que, en ningún caso cuestiona la unidad del Ordenamiento jurídico-, sin embargo el criterio a utilizar en orden a deslindar los respectivos ámbitos del Derecho público y del Derecho privado ha sido, y es, controvertido entre los numerosos autores que se han pronunciado sobre esta cuestión. Seis son los criterios que fundamentalmente se han utilizado en orden a precisar la distinción en cuestión (aunque ya, en el año 1904, HOLLINGER exponía 104 teorías acerca de esta distinción):

1º.- De acuerdo con la llamada teoría de la identidad de los sujetos, la diferencia se establece en función de si interviene o no el Estado en la relación objeto de regulación. Este es el criterio de distinción asumido, *v.gr.*,

por EISENMANN: *«le droit public régit les rapports de l'État avec les particuliers, le droit privé les rapports des particuliers entre eux»*. Este criterio no responde a la realidad puesto que la intervención del Estado no implica la aplicación del Derecho público, ya que para que esto ocurra es necesario que, además, el Estado actúe en el ejercicio de sus potestades.

2º.- El segundo criterio utilizado tiene en cuenta la posición que ocupan los sujetos en las relaciones reguladas: el Derecho público regularía las relaciones de subordinación (relaciones en las que el Estado actúa en un plano de superioridad), mientras que el Derecho privado regularía las relaciones que se establecen entre sujetos situados en el mismo plano (relaciones de coordinación).

Este criterio tampoco resulta de recibo puesto que en el ámbito del Derecho privado también existen relaciones en las que se produce una cierta subordinación tanto desde un punto de vista formal (*v.gr.*, las que resultan del ejercicio de una potestad en el Derecho de familia, la que se produce en el seno de la relación laboral, aquellos supuestos en los que la Administración actúa por el cauce del Derecho privado -el hecho de que actúe al servicio del interés público, justifica que aparezca en un plano de superioridad-, etc.), como desde una perspectiva real. Por otra parte, en el ámbito del Derecho público existen campos normativos en los que no puede hablarse de subordinación (*v.gr.*, cuando se regula la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas, las relaciones propias del Derecho internacional público, las relaciones entre distintos entes integrantes de las Administraciones Públicas, etc.).

3º.- Se ha tratado de diferenciar el Derecho público frente al Derecho privado señalando que las normas de Derecho público son normas de origen estatal mientras que las normas de Derecho privado derivan del ejercicio del principio de autonomía privada. La crítica a esta forma de ver la distinción es fácil, puesto que es obvio que las normas de Derecho privado -excepto la

costumbre y, dependiendo de la concepción que se adopte, los principios generales del Derecho- son normas de origen estatal, al tiempo que no pueden caracterizarse como normas jurídicas los preceptos negociales.

4º.- También se ha tratado de establecer la diferencia en función de la naturaleza de las normas de uno y otro ámbito normativo (W. BURCKHARDT): Las normas del Derecho público serían normas de Derecho imperativo o de «*ius Mogens*», frente a las normas del Derecho privado que serían normas de carácter dispositivo. La crítica nuevamente se presenta como obvia: si bien es cierto que en el ámbito propio del Derecho público es difícil encontrar normas de carácter dispositivo, en el Derecho privado existe un campo enorme y hasta creciente de normas de Derecho imperativo (v.gr., las normas relativas a la adquisición de la personalidad y reguladoras de los estados civiles, las normas que establecen los requisitos esenciales de los contratos, los límites a la autonomía privada, las normas que establecen los límites de carácter público al derecho de propiedad y a los demás derechos reales y, en general, las normas integrantes del Derecho de familia, las normas que regulan las cuotas legitimarias, la sucesión intestada, los requisitos de los testamentos, etc.).

5º.- Según otra teoría, mientras que las normas de Derecho público dan lugar a una procedibilidad de oficio, las normas de Derecho privado sólo generan una procedibilidad a instancia de parte. Esta distinción si bien se aproxima más a la realidad que las anteriores, no es exacta en tanto en cuanto existen supuestos de procedibilidad a instancia de parte en el Derecho público -caso, v.gr., de los atentados al honor tipificados como delitos-, siendo la procedibilidad de oficio aceptada también en el Derecho privado como ocurre en el caso de apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos contrarios a normas imperativas o en el ámbito del Derecho de consumo, por infracción de derechos irrenunciables de los consumidores y usuarios (ex art. 10 del TRLGDCU/2007).



6º.- La última de las teorías que se han formulado en orden a delimitar el ámbito del Derecho público en relación con el del Derecho privado centra la distinción en los intereses protegidos, considerando que mientras las normas de aquél protegen intereses considerados generales, las de éste protegen intereses privados -«*ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad utilitatem singulorum pertinent*» (D. 1, 1, «*De iustitia et iure*», 2 [ULPIANO])-.

Sin embargo, la diferenciación últimamente enunciada, asumida, entre otros, por A. WEILL, tampoco resulta acertada y ello por varias razones:

- i) Cuando se protegen intereses generales se están protegiendo necesariamente, al tiempo, intereses privados, de igual forma que al proteger intereses privados se protegen intereses de todos los integrantes de la comunidad jurídica.
- ii) Desde el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE) la protección de los intereses privados encuentra un límite en la protección del interés de la comunidad (*v.gr.*, arts. 33.2, 38, 128 de la CE y arts. 6.2 y 7.2 del CC).
- iii) Las Administraciones Públicas pueden actuar a través de los cauces proporcionados por el Derecho privado, pero aún en estos supuestos tendrán que perseguir un interés general (art. 103.1 de la CE). Por otra parte, existen también casos en los que los particulares persiguen finalidades de interés público con sus actuaciones (*v.gr.*, constituyendo asociaciones que tengan como finalidad un interés general).

Puesto que parece indudable que las normas de Derecho público y de Derecho privado tienen el mismo origen y la misma estructura, la diferencia habrá de buscarse en la materia que es objeto de regulación, de acuerdo con el criterio generalizado en los tratadistas italianos del Derecho

administrativo, en los que ha tenido su génesis y seguido hoy, en general, por toda la doctrina italiana (P. TRIMARCHI). De acuerdo con esta tesis, el Derecho público sería aquel Derecho que regula la organización y funcionamiento del Estado cuando el Estado (entendido en sentido amplio, como equivalente al conjunto de las Administraciones Públicas) actúa en el ejercicio de su potestades, en el ejercicio de su soberanía (revestido de «*imperium*»), de forma que constituyen el objeto de la regulación del Derecho público: 1º.- La organización de la estructura y funciones del Estado y de los órganos del mismo; y, 2º.- Las relaciones que, en el ejercicio de su soberanía, el Estado establece con otros entes, tanto públicos como privados.

En consecuencia, de acuerdo con este criterio es necesario que concurren las dos notas siguientes para que se pueda calificar una relación como de Derecho público: 1ª.- Que al menos uno de los sujetos intervinientes en la relación sea el Estado (en sentido amplio) -condición ésta que se presenta como necesaria pero no suficiente-. 2ª.- Que el Estado actúe en esta relación en el ejercicio de sus potestades, revestido de «*imperium*».

Admitida esta distinción, fácilmente se comprende que no se puede confundir la actividad del Estado con la actividad regulada por el Derecho público. La esencia del Estado de Derecho implica que para que el Estado pueda actuar a través del «*ius imperium*» es necesaria una ley «*ad hoc*» habilitante, de forma que si ésta no existe, el Estado habrá de actuar como un particular más en las relaciones jurídicas que entable. Precisamente en función de que el Estado tenga mayor o menor facilidad para establecer relaciones con particulares en la actuación de su soberanía se diferencian dos grandes tipos de regímenes jurídicos: el modelo francés-continental del «Estado de Derecho administrativo» (el sistema de «*Droit administratif*») en el cual la actividad estatal se desenvuelve normalmente a través de los actos de soberanía -actos administrativos-; y el modelo inglés del «Estado de Derecho común» («*rule of law*»), en el que la regla general es la actuación

del Estado a través del cauce del Derecho privado (el acto paradigmático en estos regímenes jurídicos lo constituye el contrato).

Por último, es preciso señalar que las instituciones del Derecho privado son comunes a los sujetos, sean estatales o no (la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil,...) y que el Derecho privado opera como Derecho común respecto al Derecho público (mientras que el Derecho público es Derecho privativo del Estado). Pero pese a que la jurisprudencia y la doctrina dominantes admiten que las normas aplicables a la acción administrativa provienen tanto del Derecho administrativo especial como del Derecho privado, algunos autores –entre otros, AUBRY y LAMARQUE– han puesto en duda esta afirmación al poner de relieve como en el sector de actividad que tradicionalmente se considera regido por el Derecho privado abundan las reglas especiales, puesto que, *v.gr.*, la Administración Pública no tiene libertad para elegir los contratistas en los contratos regidos por el Derecho privado, las deudas de naturaleza privada pueden estar garantizadas a través de procedimientos exorbitantes del Derecho común, en las actividades de servicio público industriales y comerciales se imponen los principios del servicio público. En consecuencia, parece que el Derecho privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre teñido por la finalidad de interés general que ha de regir la actividad de la Administración y, por esta razón, el Derecho privado que rige la actuación de la Administración no es jamás idéntico al que se aplica a las relaciones entre particulares.

Por otra parte, esta afirmación no debe llevarnos a desconocer que existe una tendencia creciente de invasión del Derecho privado por principios procedentes del Derecho público que encuentra su razón justificadora en la configuración del Estado como un «*Estado social y democrático de Derecho*» ex art. 1.1 de la CE. En definitiva, pese a que, como señala G. ALPA, al tiempo que es preciso recordar la vitalidad de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, han de advertirse, desde el punto de vista teórico, la presencia de factores unificadores: los principios generales del Derecho y los

«*status*», entendidos como representaciones poliédricas de las situaciones en que se encuentra la persona, situada todavía en el centro del Ordenamiento o de la práctica jurídica.

Con frecuencia, un mismo ámbito material es objeto de toma en consideración por normas de Derecho privado y de Derecho público, estableciendo una duplicidad de regulaciones que parten de la toma en consideración de los intereses privados y públicos que han de ser objeto de tutela; si bien existen otras razones adicionales para justificar la concurrencia de ambas técnicas de protección, como son la ineficacia de las sanciones civiles, si se toman en consideración los costes que su puesta en marcha implica, frente a las posibles ventajas que las mismas representarían para el actor; así como la función de prevención general que cumplen, en mayor medida, las sanciones administrativas que las estrictamente privadas.

Paradigmáticamente las relaciones de consumo constituyen uno de estos ámbitos objetivos o materiales –a la previsión de la manera de satisfacer intereses privados, en caso de vulneración de derechos o intereses legítimos de esta naturaleza, se superpone la tipificación, como ilícito administrativo, de la conducta que ha provocado tal vulneración, resultando así acreedora de una sanción de naturaleza administrativa o propia del Derecho público, ordinariamente en forma de multa-, pero no son el único ejemplo de esta duplicidad de tutela, que se produce también en relación con el derecho de propiedad, en el ámbito del Derecho «*antitrust*» e, incluso, *v.gr.*, en el ámbito propio de las relaciones de Derecho de familia y, en particular, en lo que afecta a la protección de los menores en situación de desamparo. En todo caso la premisa de que ha de partirse consiste en que la sanción de nulidad que contempla el art. 6.3 del CC es compatible con sanciones de otra naturaleza y, en particular las propias de las normas de Derecho público, como pueden ser las penas, las multas administrativas, las prohibiciones de contratar, etc.. Claro está que

afirmar la compatibilidad entre la nulidad y la previsión de otro efecto distinto para el caso de contravención de la norma imperativa no aclara nada en relación con los supuestos en los que la previsión expresa de este efecto distinto conlleva una implícita declaración de validez del negocio que contraviene aquélla, en el ámbito jurídico-privado, debiendo ser resuelta esta cuestión de la interpretación de la norma jurídico-pública o administrativa vulnerada, pues la mayor parte de estas normas, de carácter cogente, prevén algún tipo de efecto para el caso de su contravención.

La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del TS parece haber abandonado la doctrina consistente en «*vincular la competencia jurisdiccional a la naturaleza sustantiva de la norma*» y ello porque esta doctrina, que con razón rechaza, ahora, el Tribunal Supremo por «*trasnochada*», pero que ha sido y es empleada por los jueces y por la doctrina científica en multitud de ámbitos materiales (v.gr., las normas que establecen limitaciones o prohibiciones respecto de la transmisión de una vivienda de protección oficial o de una oficina de farmacia, o que un determinado juego es ilícito en el marco de una CA), da lugar a una incoherente y contradictoria concepción del Ordenamiento jurídico en el que una conducta se considera irrelevante o permitida, o bien ilícita y digna de sanción, según sea el orden jurisdiccional al que esté atribuida la competencia para enjuiciarla -de esta doctrina jurisprudencial que parece empezar a superarse constituyen ejemplos paradigmáticos los pronunciamientos de la SSTS, Civil, de 3 de septiembre de 1992 [RJ 1992\6882] (y otras posteriores que la siguen, v.gr., las de 14 de octubre de 1992 [RJ 1992\7557] y de 4 de mayo de 1994 [RJ 1994\3562]) que declara la validez de la venta de una VPO por precio superior al máximo fijado legalmente, de 26 de abril de 1995 [RJ 1995\3257], que no estima nula una disposición testamentaria que conculca las normas administrativas sobre la cesión de comisión de negocio de lotería; la STS de 17 de octubre de 1987 [RJ 1987\7293], de acuerdo con la cual la contravención de las normas reguladoras de la actividad de farmacia no

constituye causa suficiente para decretar la nulidad de los pactos privados de la división de beneficios de un negocio de farmacia heredado; y más recientemente, la STS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008\5666]]-. Razonable parece considerar que lo que es ilícito de conformidad con una norma que forma parte del Ordenamiento jurídico, sea ésta de Derecho público o de Derecho privado, es ilícito en todos los sectores de ese mismo Ordenamiento. Que de esa ilicitud deba seguirse, o no, la sanción de nulidad de pleno derecho establecida, como sanción general en defecto de la previsión expresa de otra, por el artículo 6.3 del CC para el negocio que incurre en ella es una cuestión de interpretación de la *ratio* de la norma infringida pero, «*per se*», el hecho de que la norma sea de Derecho público o de Derecho privado ni impide ni avala necesariamente la procedencia de la sanción de nulidad «*ipso iure*».

En efecto, la trascendencia jurídico-privada de las normas de Derecho público y, en particular de las normas de Derecho administrativo ha resultado reforzada en fechas recientes merced a un cambio en la doctrina jurisprudencial del TS que merece ser destacado y ponderado, a tenor del cual se ha dotado de eficacia en el ámbito de las relaciones sometidas al imperio de la autonomía privada a normas calificadas como de Derecho administrativo, de manera que a la sanción de esta naturaleza que prevean para el supuesto de hecho que contemplan, se superpone la posible nulidad del negocio jurídico de contravención, con fundamento en la previsión general del art. 6.3 del CC, lo que redundará en la unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico, proscribiendo que la ilicitud jurídico-pública o administrativa de constriña a este ámbito, para mantener la licitud en el ámbito jurídico-privado. En consecuencia, el hecho de que la norma administrativa establezca una sanción administrativa para el caso de contravención de la misma, guardando silencio sobre la eficacia o ineficacia de los negocios jurídicos-privados, no excluye este efecto. De esta manera es necesario revisar la afirmación doctrinal de que la sanción de nulidad no se reputa aplicable a los supuestos de normas administrativas, imperativas o

prohibitivas (normas de «*ius cogens*») que se argumentaba con cita de diversas Sentencias de la Sala de lo Civil del TS, por estar prevista, para estos casos una sanción diversa. La doctrina jurisprudencial a que se alude no precisa, sin embargo, requisito alguno en relación con el rango normativo de la norma administrativa infringida, si bien en todos los casos que se enuncian, se trataba de normas de rango legal. En consecuencia, la infracción de normas autonómicas de naturaleza administrativa, en particular si se trata de normas de rango legal, habrán de provocar aquella misma consecuencia jurídica –así sucede en el caso resuelto por la STS de 31 de octubre de 2007 [RJ 2007\8644], en la que la nulidad del contrato se funda en la infracción de la Ley de Cooperativas de la CA de Andalucía de 1985-, si bien ha de matizarse esta afirmación en relación con normas autonómicas de rango legal dictadas al amparo de títulos competenciales tales como la protección de los consumidores, la ordenación del comercio interior, el urbanismo y la vivienda, etc., respecto de los que diversas Sentencias del TC han excluido que puedan determinar consecuencias jurídico-privadas tales como la nulidad o anulabilidad de los contratos. En efecto, a la luz de la doctrina del TC sobre la competencia de las CCAA en materia de fijación de las consecuencias civiles de las normas que dicten en ejercicio de su competencia (v.gr., especialmente la STC 62/1991, de 22 de marzo, con respecto al art. 22 del Estatuto Gallego del Consumidor)-permitiría cuestionar la adecuación constitucional de estas normas.

## **2. AS NORMAS XURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUCTURA E CLASES**

### **2.1. Concepto**

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la norma jurídica es un precepto, coactivamente establecido por los poderes normativos de una comunidad –ordinariamente identificada con el Estado- para un supuesto de hecho abstracto.

En consecuencia la norma jurídica es un «*precepto*» en el sentido dado a este término por NORBERTO BOBBIO, quien entiende que el precepto es una proposición, de carácter prescriptivo e imperativo. Una proposición no es más que una oración o conjunto de oraciones gramaticales que tienen un significado o un sentido. Esta proposición, en el caso de las normas jurídicas, ha de ser de carácter prescriptivo -no descriptivo- para cuya determinación ha de observarse el carácter intrínseco del mandato que contiene. Además ha de tener carácter imperativo, en tanto que ha de imponer un comportamiento, como el objeto de una obligación o de un deber, que se presenta como debido. Este precepto está coactivamente establecido, de manera que se han previsto sanciones por parte del Ordenamiento jurídico para el supuesto de la inobservancia del precepto. Estas sanciones son reacciones del Ordenamiento jurídico -tienen por lo tanto un carácter esencialmente extrínseco, a diferencia de las sanciones para el caso de incumplimiento de deberes morales- adversas para los intereses de los sujetos de Derecho que incumplen los mandatos del precepto. Son preceptos establecidos coactivamente por los órganos normativos de la comunidad, lo que diferencia a la norma jurídica de la norma puramente social.

La norma jurídica se caracteriza frente a los demás preceptos jurídicos por el hecho de que está prevista para un supuesto de hecho abstracto -lo que determina el carácter de abstracción o generalidad de la norma jurídica-. Está prevista para un supuesto de hecho, que puede consistir tanto en una situación jurídica en sentido estricto -una posición jurídica estáticamente considerada de una persona o de una cosa (v.gr., posición jurídica de concebido, de incapaz, de ausente, de perjudicado por un daño, de comprador, etc.)- o por un hecho jurídico -la consecuencia jurídica se producirá cuando se realice o tenga lugar un determinado acontecer (v.gr., cuando el



vendedor no entregue la cosa objeto del contrato, cuando se infiera culposamente un daño en un patrimonio ajeno, etc.)-. La abstracción de la norma jurídica no se refiere al hecho o a la situación jurídica en sí, sino que se refiere a los sujetos a quienes afecta el hecho o a los que se refiere la situación. La abstracción es necesaria para que pueda considerarse que se trata de una norma jurídica y ello por exigencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) y de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE). Si alguna excepción se quiere establecer a la abstracción de las normas jurídicas, es necesario dictar una ley en sentido estricto (*v.gr.*, para reconocer una pensión extraordinaria a un héroe militar, etc.).

Se suele afirmar que el supuesto de hecho de la norma jurídica tiene que ser hipotético. Sin embargo, existen normas jurídicas dictadas para supuestos de hecho o hechos ya acontecidos (*v.gr.*, ayudas públicas para los afectados por determinados virus contagiados en intervenciones médicas; para los afectados por un concreto desastre natural, etc.).

## **2.2. La estructura de la norma jurídica**

A efectos de exponer la estructura de las normas jurídicas, debe diferenciarse entre las llamadas normas primarias y normas secundarias.

La norma jurídica primaria está integrada por un supuesto de hecho, del que se predica una determinada consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica establece una regulación de deberes y de correlativos poderes.

La norma jurídica secundaria prevé sanciones para el caso de incumplimiento de los deberes impuestos en la norma primaria -para

el caso de que el comportamiento debido haya sido inobservado, lo que constituye un acto ilícito-. El Ordenamiento jurídico reacciona contra el autor del acto de incumplimiento del precepto normativo disponiendo, para el caso de transgresión, la producción de consecuencias jurídicas de carácter adverso para el infractor, que se denominan sanciones.

Las sanciones de Derecho privado fundamentalmente consisten en el deber que tienen los órganos correspondientes del Estado de adoptar alguno de los dos siguientes comportamientos: impedir el nacimiento de consecuencias jurídicas derivadas del comportamiento infractor o eliminar las consecuencias antijurídicas ya producidas. En última instancia se procederá a la privación forzosa de bienes del patrimonio del infractor que sean necesarios para eliminar las consecuencias jurídicas producidas por la infracción.

## **2.3 Clases de normas jurídicas**

Una clasificación de las normas jurídicas que pretenda ser útil ha de tomar en consideración ha de tomar en consideración los tipos de normas que presenten una consecuencia jurídicas. A estos efectos puede partirse de los tipos de normas que enuncia el Título Preliminar del CC, en el que el art. 4.2 del CC contempla normas penales, normas excepcionales y normas de ámbito temporal; el art. 4.3 del CC, las normas de Derecho común y las normas de Derecho especial; y el art. 6.3 del CC enuncia la distinción entre normas imperativas o cogentes y las normas dispositivas.

### **2.3.1. Normas de Derecho imperativo o cogentes y normas de Derecho dispositivo**

Las normas imperativas -o cogentes- son aquéllas cuya aplicación no puede soslayarse en virtud de un acto de exclusión o de modificación de su reglamentación por los preceptos dictados en el ejercicio de la autonomía privada -no puede ser excluida su aplicación por los preceptos negociales-. Con carácter general puede afirmarse que las normas de Derecho público -penales, tributarias, administrativas y procesales- son de Derecho imperativo; mientras que el Derecho privado patrimonial es el ámbito propio de las normas de Derecho dispositivo; esto es, de las normas que permiten su exclusión o su modificación por los preceptos negociales. Con todo no puede olvidarse que también en el ámbito del Derecho privado patrimonial existen normas de naturaleza imperativa -sirvan como ilustrativos ejemplos las normas que regulan los requisitos esenciales de los contratos y las que regulan las relaciones de consumo, estableciendo derechos de los consumidores y usuarios inderogables por virtud de la autonomía privada (art. 10 del TRLGDCU/2007)-, que integran el llamado orden público, en sentido económico y que es erigido por el art. 1255 del CC como límite al ámbito de aplicación del principio general de autonomía privada. El art. 6.3 del CC prescribe, con alcance de norma general, que los actos contrarios a las normas imperativas y / o imperativas -entendidas ambas categorías como equivalentes a normas cogentes (las no dispositivas)- son nulos de pleno derecho, salvo que una norma jurídica en concreto establezca una sanción diversa de la nulidad «*ipso iure*» para el caso de contravención. La finalidad de este precepto es delimitar el alcance de la órbita de la nulidad de pleno derecho o «*ipso iure*». Se trata de una nulidad de carácter automático -sin necesidad de que medie impugnación previa como acontece en los supuestos de mera anulabilidad-, establecida en interés público y apreciable «*ex officium*», sin que la acción para hacerla valer esté sometida a plazo de prescripción o de caducidad -a diferencia de la acción de anulabilidad que caduca a los cuatro años, ex art. 1301 del CC-.

### **2.3.2. Normas de Derecho común y de Derecho especial**

El concepto de Derecho común tiene diversas acepciones. Prescindiendo del concepto histórico de Derecho Común o «*ius commune*» -el Derecho romano-justiniano recibido y reelaborado-, el Derecho común lo es por razón de las personas a las que está dirigido -frente a los Derechos especiales que contienen una regulación destinada a determinados grupos de personas (v.gr., el el Derecho administrativo, el Derecho mercantil y el Derecho laboral)- o a un determinado territorio del Estado. En este último concepto los Derechos civiles autonómicos -tradicionalmente conocidos como Derechos forales- son Derechos especiales -por razón del territorio-, si bien por razón de los sujetos a los que están dirigidos son Derechos de naturaleza común y, por lo tanto, dotados de la nota de expansividad a tenor de la previsión del art. 4.3 del CC. También se utiliza el concepto de Derecho especial para referirse a las leyes civiles que no forman parte del CC, de manera que éste sería el Derecho común frente al Derecho especial constituido por las normas extracodiciales (v.gr., la LH, la LGDCU, la LAU o la LAR, entre otras muchas).

Las normas de Derecho común, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.3 del CC, tienen la nota de la expansividad, de manera que se aplican a todas las relaciones jurídicas respecto de las que no existe una norma de Derecho especial. Por su parte el Derecho especial deroga al Derecho común, para el ámbito específico, personal o territorial de aplicación.

### **2.3.3. Normas de Derecho excepcional y de Derecho normal**

Las normas excepcionales -o de Derecho excepcional- se contraponen a las normas de Derecho normal. El Derecho normal está integrado por aquellas normas que son conformes con los principios generales informadores del Ordenamiento jurídico, mientras que el Derecho o las normas que no constituyen un desarrollo de estos principios, son normas de Derecho excepcional. Las normas de Derecho excepcional no son susceptibles de aplicación analógica, en tanto que fuera de lo previsto en una norma excepcional se encuentran los principios generales del Derecho (art. 1.4 del CC).

#### **2.3.4. Normas sancionadoras**

El concepto de «*normas [leyes] penales*» tiene una concepción estricta, como normas que sancionan infracciones penales -delitos y faltas- en sentido estricto; y una acepción amplia, como equivalente a normas sancionadoras en general. El término utilizado en el art. 4.2 del CC debe entenderse en sentido amplio, aplicándose la interdicción de la aplicación analógica a todas las normas sancionadoras; al igual que las disposiciones que contemplan la irretroactividad de las disposiciones normativas sancionadoras (art. 9 de la CE) y las que imponen el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 de la CE).

#### **2.3.5. Normas temporales**

Las normas de ámbito temporal o leyes temporales (en expresión del art. 4.2 del CC), son normas cuya aplicación está restringida a un plazo o periodo de tiempo definido o delimitado y se contraponen a las normas o leyes de carácter permanente, cuya vigencia temporal es indefinida en el tiempo, sin perjuicio de su posible derogación - expresa o tácita- en virtud de normas posteriores en el tiempo (ex art. 2.2 del CC). Las normas denominadas transitorias, o más

técnicamente de Derecho intertemporal son las normas que rigen los conflictos de leyes que se producen como consecuencia de una legislación nueva, en relación con la legislación vigente hasta la fecha de entrada en vigor de la nueva.

### **2.3.6. Normas de Derecho interregional**

Las normas dirigidas a dirimir los conflictos entre normas en su dimensión espacial o ámbito territorial de aplicación son las normas de Derecho interregional o de Derecho internacional privado.

## **3. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN E EFICACIA DAS NORMAS XURÍDICAS**

### **3.1. Interpretación de las normas jurídicas**

#### *3.1.1. La necesidad de la interpretación de la norma jurídica*

La norma jurídica es un precepto, mandato o imperativo que, al producirse a través de signos externos que son las palabras y ser una creación humana que se inserta en un mundo de intereses contrapuestos, es susceptible de presentar distintos significados en función de si se atiende exclusivamente a su tenor literal, a la intención de su autor, a la doctrina científica que la interpreta o a los intereses en conflicto. La aplicación de una norma jurídica para resolver un conflicto de intereses requiere la indagación de su significado a través de la labor de interpretación.

#### *3.1. 2. La meta de la interpretación de la norma jurídica*

De conformidad con lo afirmado en el epígrafe precedente, la meta o finalidad de la interpretación jurídica consiste en la fijación del

significado de la norma jurídica objeto de la misma. En relación con esta cuestión, se han formulado diversas tesis acerca de cuál es la meta de la investigación del significado de la norma jurídica en la tarea de interpretación; a saber:

1ª) La teoría legislativa primitiva consideraba que, en la interpretación de la norma, ha de estarse a la letra de la misma, al significado gramatical de sus palabras. Es una teoría que ha de rechazarse por insuficiente y porque sitúa a la gramática por encima de la equidad y de la justicia, al tiempo que deviene ineficaz ya que exigiría acudir al legislador para determinar el significado de la norma.

2ª) A tenor de una segunda teoría, se trata de indagar la voluntad psicológica del autor de la norma, debiendo colocarse el intérprete en la perspectiva del legislador y reprimir, artificialmente, la voluntad de éste. Esta teoría presenta dos desventajas: la voluntad psicológica del legislador no es sino una ficción y ello por cuanto los órganos legislativos son pluripersonales y, por otra parte, se produce una desconexión de la norma con los principios generales del derecho, al tiempo que provoca inseguridad jurídica.

Además de las razones ya enunciadas en contra de la admisión de los postulados de las dos teorías expuestas someramente, deben ser descartadas por cuanto las rechaza el art. 3 del CC al prescribir que las normas se interpretarán «*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*» y no, por lo tanto, a la finalidad perseguida por el legislador –sin perjuicio de que ésta haya de tenerse en cuenta–, al tiempo que el espíritu de la norma es un criterio que puede no ser acorde con la letra de la ley.

En consecuencia, parece que en la interpretación jurídica ha de buscarse la «*voluntas legis*» -no la «*voluntas legislatoris*»-, que debe ser averiguada de una forma objetiva. Para ello la doctrina clásica ha establecido dos sistemas fundamentales, sin perjuicio de la existencia de otros: la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses.

De conformidad con los postulados de la jurisprudencia de conceptos, en la interpretación se trata de averiguar cuál será el significado objetivo de la norma a través de sistemas de conceptos y subconceptos, que los autores vienen realizando al estudiar los Ordenamientos jurídicos.

Para el sistema propio de la jurisprudencia de intereses, para averiguar el significado objetivo de la norma, ha de verse el conflicto de intereses contrapuestos que subyace en la misma y determinar cuál es el que ha ordenado la norma sacrificar o preterir en atención a la concurrencia de un interés merecedor de protección.

La voluntad objetiva de la norma, que se erige en la finalidad fundamental de la interpretación jurídica, debe averiguarse a través de la jurisprudencia de intereses, constituyendo un elemento auxiliar, a estos efectos, la jurisprudencia de conceptos. No se trata de averiguar el sentido objetivo de una norma aislada, sino que la norma ha de situarse en el contexto de un plan del Estado en el que se basa la organización jurídica y social, para lo cual los principios informadores del Ordenamiento jurídico tienen una importancia fundamental.

*3.1.3. Los medios de interpretación de la norma jurídica ex art. 3 del CC*



Los medios de interpretación de la norma jurídica o criterios hermenéuticos están enunciados en el art. 3 del CC: 1) El sentido propio de las palabras de la norma –instrumento literal o gramatical-. 2) El contexto de la norma o elementos sistemático. 3) El elemento histórico. 4) El elemento sociológico.

1º) El elemento gramatical: Para la interpretación de la norma debe tomarse en consideración el sentido o significado del conjunto de palabras que conforman la norma interpretada en un análisis sintáctico y no morfológico de aquéllas, dándoles el significado que tengan en el mundo jurídico. Con todo, la claridad que pueda arrojar el análisis gramatical de la norma no determina que la labor de interpretación haya concluido, debiendo desvirtuarse la virtualidad del brocardo «*in claris non fit interpretatio*», por cuanto han de tomarse en consideración los demás cánones de interpretación prescritos en el artículo del CC que nos ocupa.

2º) El contexto de la norma –elemento sistemático–: El análisis gramatical de las palabras que conforman la norma jurídica interpretada ha de realizarse de conformidad con el contexto de la norma, integrado por el entorno de la misma: las palabras que la conforman, las normas que se encuentran sistemáticamente ubicadas en su entorno y la posición de la norma en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Pero el significado del canon contextual no se limita al contexto de la norma, aun en el sentido amplio enunciados, sino que incluye el contexto político, cultural, económico, social, tecnológico, etc., existente en el momento de entrada en vigor de la norma.

3º) El canon histórico: En la interpretación ha de tomarse en consideración no sólo la evolución del Ordenamiento jurídico precedente a la entrada en vigor de la norma interpretada, sino

también la evolución posterior, que permita dotarla de su significado actual o presente.

4º) La realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada: Se trata de tomar en consideración el entorno social existente en el momento de interpretar y aplicar la norma al caso, tomando en consideración factores económicos, sociales y políticos, pero también los principios generales del Derecho vigentes en ese momento histórico.

Los expuestos son los instrumentos o cánones de interpretación que enuncia el art. 3.1 del CC, sin perjuicio de que en las obras científicas que tratan de la interpretación de la norma se añada el elemento lógico. El CC no hace referencia al mismo por tratarse de una actividad eminentemente racional y que, en consecuencia, es un elemento inexcusable en la interpretación: el uso de las reglas lógicas debe darse por supuesto, como consubstancial a la interpretación. Por esta razón deben rechazarse interpretaciones de la norma que conduzcan al absurdo -interpretación por reducción al absurdo-; interpretaciones que conduzcan a las antinomias de normas y ello por cuanto el Ordenamiento jurídico es unitario, no teniendo cabida las antítesis de normas.

Entre los argumentos de tipo lógico típicos en la interpretación jurídica pueden citarse los siguientes: 1) Argumento «*a fortiori*». 2) El argumento «*a contrario*» -en supuestos antitéticos proceden consecuencias jurídicas diversas-. 3) El argumento «*a pari*» -en supuestos iguales proceden consecuencias jurídicas similares-. Estos argumentos lógicos tienen la validez que les permite el mandato contenido en el inciso final del art. 3.1 del CC, de manera que el resultando que arrojen las reglas lógicas no quede invalidado por ser contrario a la finalidad de la norma.

#### *3.1.4. Las clases de interpretación*

La interpretación jurídica puede clasificarse atendiendo a su origen o a su resultado.

- A) Por su origen, la interpretación puede ser estatal: procedente del propio poder legislativo -interpretación auténtica, que se realiza a través de una norma jurídica que dota de significado a otra norma y que, en consecuencia, tiene un valor vinculante-; de órganos administrativos o de órganos jurisdiccionales y del propio Tribunal Constitucional -cuya interpretación es vinculante para los Jueces y Tribunales ex art. 5.1 de la LOPJ-; o de origen extraestatal, que es la que procede de la propia comunidad jurídica, de funcionarios públicos o de otros operadores jurídicos con la finalidad de evitar conflictos -«interpretación cautelar»- o de los autores y estudiosos del Derecho -«interpretación doctrinal»-.
- B) Atendiendo a su resultado, la interpretación puede ser extensiva, restrictiva, declarativa y abrogativa.

### **3.2. Aplicación de las normas jurídicas**

#### *3.2.1. La aplicación de las normas jurídicas: concepto*

El Derecho existe para ser aplicado, pues su objeto es la regulación de las relaciones sociales o, dicho de otra manera, que las relaciones sociales se adecuen a los dictados del Derecho. No se trata de establecer un sistema ideal de normas de conducta para su mera contemplación. Esta adecuación de los comportamientos a las normas que integran el Ordenamiento jurídico puede realizarse de una manera espontánea o de manera impuesta o coactiva en los supuestos en los que los destinatarios de las normas incumplen sus

deberes o surge un conflicto de intereses entre los distintos destinatarios de aquéllas. En los Estados de Derecho esta imposición del Derecho corresponde a los órganos del Estado competentes para resolver sobre quien tiene la razón jurídica o sobre cuál es la conducta ordenada o debida por la norma e imponer, en su caso, el Derecho.

Estos órganos del Estado que tienen atribuida la competencia para la imposición coactiva del Derecho pueden ser tanto órganos de naturaleza administrativa, que forman parte del poder ejecutivo; como órganos de naturaleza judicial, que forman parte del denominado poder judicial. En todo caso, por imperativo del art. 9 de la CE, todos los poderes del Estado están sujetos al Ordenamiento jurídico. Esta norma general tiene aplicaciones concretas en relación con los órganos de la Administración Pública -el art. 103 de la CE prescribe el sometimiento de ésta al cumplimiento de la ley- y con los órganos jurisdiccionales, respecto de los que el art. 117.1 de la CE dispone que están sometidos exclusivamente al imperio de la ley, garantizando así su independencia respecto del resto de los poderes del Estado.

Las normas constitucionales invocadas han de completarse con la previsión del art. 1.7 del CC en el que se acoge el principio de interdicción «*non liquet*», a tenor del cual, los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, sin posibilidad de dejar imperejuzgado un asunto de manera indefinida - como se admitía en el Derecho romano- so pretexto de inexistencia de una norma que resulte de aplicación al caso y ello con fundamento en el dogma de la plenitud del Ordenamiento jurídico.

La aplicación a un caso concreto del tratamiento o respuesta que el Ordenamiento jurídico dispone para el mismo no se limita a una mera labor de subsunción, siguiendo los esquemas propios de un silogismo jurídico, como preconizan los autores que forman parte de la llamada «Escuela de la Exégesis» encabezada por J. BONNECASE. En efecto, la aplicación del Derecho implica una serie de operaciones jurídicas sucesivas que ha de realizar el intérprete y el aplicador del Derecho y que pueden sistematizarse de la manera que sigue: 1ª) Función probatoria. Los hechos a los que ha de aplicarse la norma tienen que ser hechos jurídicos relevantes –lo será solo si se han producido realmente y si la norma jurídica los considera relevantes, de manera que ha de realizarse una selección del mundo fáctico-. 2ª) En función de los hechos relevantes y probados ha de llevarse a cabo una labor de selección en el aspecto normativo, a efectos de determinar, en el conjunto del Ordenamiento jurídico, las normas aplicables a aquellos hechos. 3ª) Es necesario determinar el significado, el sentido y el alcance de las normas seleccionadas e hipotéticamente aplicables al caso. 4ª) La labor de subsunción propiamente dicha, para determinar si efectivamente el hecho probado coincide con el supuesto de hecho de la norma seleccionada y, en consecuencia, procede aplicar la consecuencia jurídica prevista por ésta.

### *3.3.2. La equidad en la aplicación de las normas jurídicas*

La Ley de Bases de Reforma del CC de 1973 establecía en su Base 2ª.2 que «*la equidad presidirá la aplicación de las normas*». Fruto de esta previsión es el art. 3.2 del CC, a tenor del cual «*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente los permita*» -así acontece, v.gr., en el caso del juicio de equidad en materia de adopción de acuerdos en las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal al

que remite el último párrafo del art. 17 de la LPH-. La explicación de este precepto puede encontrarse en el Exposición de Motivos del Texto articulado de la Ley de reforma del TP de 1974, en la que se indica que *«a la equidad le incumbe el cometido de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con otros»*, negándole así, indirectamente, la consideración de fuente del Derecho. Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad ha de ser tomada en consideración por los órganos jurisdiccionales como un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos concretos. La equidad supone entonces la ponderación del elemento de justicia material en el caso concreto de acuerdo con las convicciones jurídicas de la sociedad, lo que enlaza con la concepción sociológica de los principios generales del Derecho.

### **3.3. La eficacia de las normas jurídicas**

#### *3.3.1. El efecto constitutivo de las normas jurídicas*

La norma jurídica, como proposición preceptiva que es, contiene una orden o mandato en relación como un comportamiento que se quiere producir y que se presenta como un comportamiento debido, objeto de un deber jurídico, en sentido estricto. Este deber jurídico es un efecto constitutivo esencial de la norma jurídica. La norma jurídica conlleva la inexcusabilidad del cumplimiento del deber jurídico que establece, salvo que concurra una causa de justificación. Este deber se enmarca en el ámbito de la declaración del art. 6.1 del CC, a tenor del cual *«la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»*. El fundamento de este principio debe radicarse precisamente en la eficacia general de las leyes: los deberes consubstanciales a las leyes tienen que ser llevados a efecto -cumplirse-, en tanto que de ello depende que el plan del Estado se realice (DE CASTRO). En

consecuencia, el cumplimiento de estos deberes no puede quedar a merced de que los ciudadanos conozcan, o no, las leyes. Las consecuencias de esta fundamentación son las que siguen: 1ª) La falta de imputabilidad, de culpabilidad, en la ignorancia de deberes no es ninguna causa que ampare la exoneración de su cumplimiento. 2ª) En materia de relevancia del error del Derecho, quien se equivoca resulta irrelevante que lo sea por error de hecho o por error de Derecho, mereciendo ambos «errores» la protección del Ordenamiento jurídico, en tanto que pueden provocar la ineficacia del acto que se realice mediando el error. El art. 6.1.II del CC prescribe que *«el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que la leyes determinen»*.

Si bien esto es así, históricamente –en el Derecho romano postclásico, en Las Partidas (en las que se excusaba a los aldeanos, a los pastores, a las mujeres y a los niños de cumplir las leyes, por considerarlos inimputables) y en el momento inicial del movimiento codificador (v.gr., el CC prusiano establecía que *«todo ciudadano del Estado debe informarse de todas las leyes que le conciernen»*)- el fundamento se radicó en un pretendido deber general de conocimiento de las leyes, de manera que su ignorancia constituiría una infracción del Ordenamiento jurídico que llevaría aparejada la imposición de un sanción. Admitir esta segunda fundamentación conlleva las siguientes consecuencias: 1ª) Cuando la infracción es inimputable por no ser culpable no habría cumplimiento por no haber sanción. 2ª) El error de Derecho no debe ser relevante en orden a la ineficacia de los actos realizados por error –en este sentido, en el Proyecto de CC de GARCÍA GOYENA de 1851 se consideraba que el error de Derecho era irrelevante para el pago de lo indebido; mientras que el error de hecho permite solicitar la ineficacia-.

Las normas jurídicas tienen un ámbito espacial y temporal de aplicación y eficacia, cuya exposición constituye el contenido del Tema 4.

### *3.3.2. El deber de conocer las normas jurídicas*

La aplicación del Derecho tiene como presupuesto el deber de conocimiento de las normas jurídicas que recae sobre todas las personas que tienen la función de aplicar los mandatos normativos. En particular, el art. 9 de la CE prescribe que los poderes públicos están sujetos al Ordenamiento jurídico y, en particular, el art. 117 de la CE somete a los órganos jurisdiccionales al imperio de la ley, de igual forma que el art. 103 de la propia CE contiene un precepto similar en relación con los órganos de las Administraciones Públicas, como ya se ha señalado. Como una consecuencia del principio de eficacia de las normas jurídicas enunciada por DE CASTRO constituye una obligación de todos los funcionarios públicos de todas clases negar su cooperación a la eficacia de actos y negocios jurídicos que sean nulos de pleno derecho por contravenir normas jurídicas de naturaleza imperativa y que tiene aplicaciones concretas como la que se contempla en el art. 84 del TRLGDCU/2007, en relación con la no incorporación e inscripción de cláusulas contractuales nulas por ser abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Si los funcionarios o, en general el personal al servicio de las Administraciones Públicas incumple este deber, o los jueces encargados de la aplicación del Derecho incumplen este deber se generan responsabilidades de diversa naturaleza –penal, civil y disciplinaria, que se derivan del hecho de dictar resoluciones, administrativas o judiciales, manifiestamente injustas por ignorancia inexcusable- (arts. 145 y 146 de la LRJAPyPAC y 16, 411 y 417.4 de la LOPJ). El referido deber es predicable también de otros operadores



jurídicos que no son, en sentido propio, personal al servicio de la Administración Pública y que tampoco forman parte del Poder Judicial, como es el caso de los Notarios –arts. 1 y 147 del RNot- y de los Registradores de la Propiedad –especialmente en su labor de calificación ex art. 18 de la LH- y de los propios abogados –art. 42 del EGA-, que pueden incurrir en responsabilidad civil como consecuencia de actuaciones negligentes fruto del desconocimiento del Derecho o, incluso, de determinadas interpretaciones jurisprudenciales del mismo que sean reiteradas y uniformes.

Este deber de conocer el Derecho se expresa en el apotegma jurídico «*iura novit curia*», que produce una excepción en cuanto a la aplicación del principio dispositivo –«*da mihi factum, davo tibi ius*»– que, con carácter general, rige en los procesos civiles. El principio dispositivo –frente al inquisitivo propio de los procesos penales– rige en los procesos civiles con toda su virulencia en relación con los hechos y con las pretensiones. El art. 282 de la LECiv prescribe que la iniciativa probatoria de los hechos en el proceso civil es de parte, sin perjuicio de que el Tribunal pueda, de oficio, acordar que se practiquen pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios cuando así lo establezca la ley. El art. 281 de la LECiv señala que la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, así como la costumbre –también ex art. 1.3 del CC; la excepción a la exigencia de prueba está constituida por los usos y costumbres notorios ex art. 2.1 de la LDCG/2006- y el Derecho extranjero (RDGRN de 1 de marzo de 2005 [BOE de 21 de abril de 2005]). El principio dispositivo no rige respecto de la norma jurídica que resulte de aplicación a los hechos alegados y probados, ni a la «*causa petendi*» y al «*petitum*» que han sido formulados por la parte que impetra la aplicación del Derecho.

No existe un deber general de conocer las leyes recaiga sobre todos los integrantes de la comunidad jurídica, pero no puede invocarse el desconocimiento de las mismas para evitar su aplicación, encontrando esta última afirmación su fundamento en la eficacia de las leyes y presentando las dos siguientes consecuencias o corolarios: 1º) La falta de culpabilidad o de imputabilidad en la ignorancia de deberes impuestos por las normas jurídicas no es ninguna causa que permita exonerar de su cumplimiento. Esta consecuencia se enuncia a través del apotegma jurídico «*ignorantia iuris non exusat*» acogido en el art. 6.1 del CC. 2º) En cuanto a las consecuencias de quien se equivoca en el cumplimiento de las previsiones legales resulta irrelevante si se trata de un error de hecho o de Derecho. El párrafo 2º del art. 6.1 del CC prescribe que «*el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen*», pero no excusa de su cumplimiento. El error de Derecho para que sea relevante en el ámbito de impugnación de la validez de los negocios jurídicos ha de ser esencial, excusable -se descarta la eficacia del error culpable o inexcusable- y reconocible por la otra parte del negocio jurídico y, además, ha de mediar la impugnación, pues estaremos, en todo caso, ante un supuesto de anulabilidad. En consecuencia, puede afirmarse que el error de Derecho no constituye una excepción al principio general del Derecho «*ignorantia iuris non exusat*» y ello por cuanto no parten del mismo supuesto de hecho.

### *3.3.3. La renuncia a la ley aplicable: la exclusión voluntaria de la ley aplicable*

El CC antes de la reforma del Título Preliminar llevada a cabo en el año 1974 no contenía ninguna referencia a la institución históricamente conocida como renuncia de las leyes. Tras la referida reforma, el art. 6.2 del CC prescribe que «*la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo*

*serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».* En los casos de renuncia de las leyes o de exclusión voluntaria de la ley aplicable el objeto de la renuncia no está constituido por un derecho ya adquirido -o, en sentido amplio, cualquier ventaja jurídica que haya sido adquirida- (v.gr., renuncia al derecho de propiedad sobre un determinado bien, renuncia a la prescripción ganada -art. 1935 CC-, etc.), sino que su objeto es la normativa de cuya aplicación nace un derecho. El CC contempla algunos supuestos específicos de renuncia a la ley aplicable, como es el caso de la renuncia a las normas del saneamiento por evicción en la compraventa (art. 1477 del CC) o para impedir la renuncia, como es el caso del art. 816 del CC, respecto de las normas que rigen las legítimas, sin perjuicio de la validez de la renuncia a los derechos adquiridos en virtud de las normas a cuya aplicación no puede renunciarse habida cuenta de su naturaleza de Derecho imperativo.

Precisamente para que la exclusión de la ley aplicable sea válida es necesario que el objeto de la exclusión sea una norma de carácter dispositivo, pues en otro caso nos situaríamos en el ámbito objetivo de aplicación del art. 6.3 del CC.

El art. 6.2 del CC alude a la exclusión «*voluntaria*», de manera que se trata de una declaración de voluntad constitutiva de un auténtico negocio jurídico, en el ejercicio del poder de autonomía privada, requiriéndose una declaración de voluntad manifestada de una forma idónea o apta para revelar la voluntad de exclusión, con consentimiento no viciado por el renunciante y que concurra una causa o razón suficiente de acuerdo con la naturaleza de la relación que justifique la exclusión de la ley de acuerdo con la naturaleza de la relación en la que se produzca este negocio de exclusión.

La validez de la renuncia o del negocio de exclusión voluntaria de la ley aplicable tiene como límites el perjuicio de intereses de terceros jurídicamente protegidos -tanto interés de titularidad privada, como de titularidad pública- y el orden público, entendido en el sentido expuesto por P. TRIMARCHI, como el conjunto de principios básicos de la estructura política y económica del Estado. Algún significativo autor - DÍEZ-PICAZO- ha cuestionado la eficacia de los límites a la exclusión voluntaria de la ley aplicable que se contienen en el art. 6.2 del CC, partiendo de la consideración de que no puede contraria el interés o el orden público un acto de renuncia privada, si bien este mismo autor precisa que cuando como consecuencia de la exclusión voluntaria de la ley aplicable se produzca un vacío en el Ordenamiento jurídico la exclusión es nula, sin fundamentar esta conclusión. Pues bien debe considerarse que en estos supuestos en realidad estamos en presencia de un atentado al orden público, puesto que en un sistema de economía de mercado, al ciudadano se le conceden unos poderes que, en el caso de que los utilice para generar una laguna en el Ordenamiento jurídico los habrá utilizado de una manera contraria a la finalidad perseguida al concedérselos. En definitiva, si como consecuencia del ejercicio de la referida facultad se produce un vacío en la normativa aplicable, se produciría un incremento de la discrecionalidad judicial y, con ello, una mayor inseguridad jurídica. Por ello debe considerarse que la exclusión negocial de la normativa aplicable sin aportar una alternativa convencional a la regulación que se excluye es nula por ser contraria al orden público entendido en el sentido ya expuesto.

### **Bibliografía:**

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2006 (4ª edic.); CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario del art. 6.3 del CC», en *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, T. I, Vol. 1º (M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ

ALABART, Dirs.), Edersa, Madrid, 1992; DE CASTRO y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho civil (Introducción y Derecho de la persona)*, Madrid, 1970 (5ª edic.); *ibídem*, *Derecho civil de España*, T. I, Libro preliminar (*Introducción al Derecho civil*), Ed. IEJ, Madrid, 1949 (2ª edic.; edic. facsímil, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1984); DÍEZ-PICAZO, L.: «La interpretación de la Ley», A.D.C., 1970; GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Reserva de ley y Derecho civil. Las funciones de las normas reglamentarias en el Derecho civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006; IRTI, N.: *Introduzione allo studio del Diritto privato*, CEDAM, Padua, 1990; LARENZ, K.: *Derecho civil. Parte general* (traduc. de la 3ª edic. alemana -1975- y notas de M. IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA), EDESA, Madrid, 1978; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *Interpretación y jurisprudencia: Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994; *ibídem*, *Realidad social y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO



### **3. EL DERECHO SUBJECTIVO. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. BUENA FÉ, ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE DE LEI. LA RELACIÓN JURÍDICA**

## **TEMA 3**

### **O DEREITO SUBXECTIVO. O EXERCICIO DOS DEREITOS SUBXECTIVOS. BOA FE, ABUSO DO DEREITO E FRAUDE DE LEI. A RELACIÓN XURÍDICA.**

#### **1. O DEREITO SUBXECTIVO**

##### **1.1. Concepciones tradicionales y su crítica**

Tradicionalmente el derecho subjetivo se ha definido desde una perspectiva básica atendiendo a tres concepciones diversas sostenidas por los Pandectistas: 1ª) Como un poder de la voluntad – VON SAVIGNY-. 2ª) Como un interés jurídicamente protegido –VON IHERING-. 3ª) Como un poder de protección –THON-. Gráficamente VON IHERING y THON expresaban la diferencia entre sus concepciones señalando el primero que, si se compara el derecho subjetivo con una nuez, éste sería el meollo de la nuez; mientras que para el segundo sería la cáscara de la nuez. A su vez, THON, para exponer su tesis, comparaba el derecho subjetivo con un jardín, constituyendo el derecho subjetivo el poder de poner una verja en este jardín para evitar intromisiones de extraños –este autor identifica el derecho subjetivo con el poder de protección que atribuye a su titular-.

Frente a la concepción de VON SAVIGNY, ha de repararse en que el poder de la voluntad no es exclusivo de la categoría del derecho subjetivo, sino que es propio de otros poderes de la autonomía privada o autonomía de la voluntad en el Derecho privado patrimonial (ex art. 1255 del CC) como acontece señaladamente con el contrato, el testamento, los negocios de apoderamiento o de renuncia que también forman parte de los poderes de autonomía de la voluntad, pero no son derechos subjetivos; al tiempo que resulta evidente que seres carentes de capacidad cognoscitiva y volitiva, como ocurre señaladamente con un recién nacido o con una persona que tenga

gravemente disminuidas, como consecuencia de una enfermedad psíquica, estas capacidades, sin embargo sí son titulares de derechos subjetivos, de la misma forma que las personas con plena capacidad de obrar.

Frente a las concepciones de VON IHERING y de THON, ha de precisarse que si bien los derechos subjetivos están al servicio de un interés reconocido por el Ordenamiento jurídico, no es una connotación específica de los mismos, en tanto que cualquier relación jurídica se constituye en protección de un interés. Así ocurre con los poderes de Derecho privado -v.gr., las facultades que no constituyen derechos subjetivos, como las de ocupar bienes muebles *nullius*, la facultad de usucapir o de usar bienes destinados a la prestación de servicios públicos, etc.- y con las potestades de Derecho privado -v.gr., la patria potestad-. En esencia, puede afirmarse que la característica de contar con una protección propia es esencial de todo derecho subjetivo, pero no es exclusiva de esta institución. Por otra parte, el interés que se trata de proteger y la protección que se dispensa a su titular no agota el contenido del derecho subjetivo, pues al titular del mismo, para lograr la satisfacción del interés objeto del mismo, no le basta un poder defensivo o de carácter externo, sino que es necesario un poder de goce o un poder de carácter interno -de naturaleza frutiva-, que posibilite jurídicamente este goce.

## **1.2. Concepto derecho subjetivo**

A tenor de las críticas realizadas a las concepciones pandectística del derecho subjetivo, resulta adecuado perfilar su concepto de la manera que sigue: el derecho subjetivo es el poder jurídico de disposición unitario e independiente del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses. En consecuencia, el derecho subjetivo ha de concebirse de la como:



1º) Un poder: como tal otorga a su titular una serie de posibilidades de actuación -un ámbito de libertad- lícito y protegido.

2º) Es un poder de disposición: La libertad de actuación que el derecho subjetivo confiere a su titular es precisamente para disponer -es una libertad o poder de disposición, *lato senso*- sobre el disfrute del derecho sobre el destino del mismo. Esta nota permite diferenciar a los derechos subjetivos de las meras *facultades*, en tanto que éstas no contienen poder de disposición alguno sobre el destino y sobre el disfrute del derecho. En efecto, en el caso de las *facultades*, el destino y el régimen jurídico están establecidos por ley. Su titular únicamente puede decidir si las ejercita o no. Por su parte, las *potestades* se caracterizan por ejercitarse en interés de un tercero.

3º) Es un poder de carácter jurídico: Se trata de un poder jurídico, en tanto que basta que, de forma lícita y protegida se pueda actuar libremente, por su titular, sobre la cosa objeto del derecho. No es un poder físico o material. En consecuencia, el derecho subjetivo subsiste aun cuando no exista la posibilidad física de ejercitarlo (*v.gr.*, por estar la cosa que constituye su objeto en ignorado paraderos, en un lugar inaccesible, etc.). Tampoco estamos en presencia de un poder psicológico -la idoneidad psicológica no es condición para ser titular de un derecho subjetivo-, ni de un poder económico -pues no constituye una nota esencial el hecho de que tenga un valor económico o en cambio-.

4º) Su titular es una persona: La pertenencia o atribución de un poder jurídico a una persona -física o jurídica- determinada se realiza a través de un acto adquisitivo. El poder se concede a un titular preordenado a la satisfacción de intereses. En lo caso en los que los poderes se conceden a su titular para la satisfacción de intereses

ajenos nos encontramos ante la figura de la *potestad* (como son los casos, *v.gr.*, de la patria potestad, de la tutela o de las potestades judiciales o administrativas), de manera tal que las potestades tienen que ser actuadas si lo demanda el interés ajeno y en la forma en la que éste lo demande. El titular del derecho subjetivo puede actuarlo aun de forma arbitraria, siempre con los límites de la buena fe y del abuso del derecho, erigidos en el art. 7 del CC, como límites intrínsecos del ejercicio de los derechos subjetivos.

5º) Se trata de un poder de carácter unitario e independiente: El derecho subjetivo se concibe como algo diverso de las facultades que forman parte de su contenido, de manera que no está constituido por la mera suma o adición de facultades concretas, sino que es precisamente la fuente de estas facultades. Es un centro de poder unitario del cual irradian o derivan las facultades que conforman su contenido. El derecho subjetivo es fuente, origen o causa de estas facultades, que son efectos del derecho subjetivo. En particular, que sea un centro unitario de poder nos explica que subsista el derecho subjetivo aunque no exista una facultad actual que actuar –subsiste en un plano potencial o virtual (*v.gr.*, propietario despojado de las facultades de posesión, de uso y disfrute y de disposición)-. Vinculada a esta característica se encuentra la elasticidad, como cualidad propia de todos los derechos subjetivos y no exclusivamente del derecho de propiedad privada. Por otra parte, el derecho subjetivo es poder de carácter independiente de la existencia actual de sus facultades y ello en los dos sentidos que siguen: a) Tiene vida propia respecto del derecho objetivo. Los derechos subjetivos pueden incluso sobrevivir al Derecho objetivo en el que se fundan, en el caso de que éste resulte derogado. Deben sobrevivirle en virtud del respeto a los derechos adquiridos. b) Es independiente respecto a su titular, pues el derecho subjetivo no es inherente a éste, sino que puede ser transmitido, sin que éste pierda su naturaleza e identidad.

### **1.3. Clasificación de los derechos subjetivos**

Tradicionalmente los derechos subjetivos se suelen clasificar en derechos absolutos y derechos relativos, partiendo de la existencia de una obligación pasiva universal en el primer caso y de una obligación individual en lo segundos, de manera que se adscribirían a la primera categoría los derechos de la personalidad y los derechos reales, mientras que los derechos de crédito se adscribirían a la segunda de las mencionadas categorías.

Siguiendo a DE CASTRO, ha de precisarse ya que esta distinción es técnicamente incorrecta, pues en el sentido referido todos los derechos subjetivos son absolutos, en tanto que todos los integrantes de la comunidad jurídica están obligados a respetar todos los derechos subjetivos y cualquier derecho subjetivo, en abstracto es susceptible de ser lesionado por cualquiera. En efecto, también los llamados derechos relativos en el sentido indicado, o derechos de crédito, pueden ser lesionados por un sujeto distinto del deudor –o titular pasivo de los mismos-, hablándose, en estos casos, de una lesión extracontractual de los derechos de crédito, frente a la que el acreedor o titular activo de estos derechos puede reaccionar mediante el mecanismo general de tutela de todos los derechos subjetivos constituido por la responsabilidad civil extracontractual (ex arts. 1902 y concordantes del CC).

En consecuencia, solo se puede mantener la distinción referida si se considera que en el caso de los llamados derechos relativos, a la obligación pasiva universal se superpone una obligación individual –de la que el deudor es titular pasivo-.

Desde la perspectiva de su **estructura**, los derechos subjetivos se clasifican en: derechos de disfrute, derechos de obligación y derechos potestativos:

a) Los derechos de obligación, son aquéllos en los que la obligación es un fin en sí misma considerada, de tal manera que el cumplimiento de la obligación es condición, no sólo necesaria, sino también suficiente para que el titular del derecho pueda alcanzar la satisfacción de su interés. Todo el contenido del derecho se agota en la prestación del titular de la obligación. Se trata de derechos de heterosatisfacción, en expresión utilizada por GEORGIANNI, porque su objeto está constituido por la conducta de otro sujeto –el deudor– consistente en realizar una determinada prestación. En esta categoría suele situarse al conjunto de los derechos de crédito –identificándola con éstos–, si bien ha de precisarse que no siempre los derechos subjetivos de obligación son derechos de crédito, pues también puede ser derechos reales –como ocurre, *v.gr.*, en el caso de los censos y de las servidumbres negativas–.

b) Los derechos subjetivos de disfrute: El titular tiene atribuido un poder de autosatisfacción sobre la cosa objeto del derecho. Ordinariamente la doctrina identifica los derechos subjetivos de disfrute con los derechos reales, sin percatarse de que, en algunos casos, el poder de autosatisfacción está presente también en algunos derechos de crédito, como ocurre, *v.gr.*, con el derecho del comodatario (arts. 1741 a 1752 del CC). Por otra parte, la existencia de un poder de autosatisfacción no implica que no exista una obligación de no perturbar al titular del derecho en el disfrute del mismo.

c) Los derechos subjetivos potestativos –o facultades de configuración jurídica–: Son derechos de configuración de la esfera jurídica ajena,

mediante una declaración de voluntad del titular de la facultad de producir o constituir -v.gr., aceptación de una oferta de contrato-, modificar -v.gr., facultad del acreedor de especificar una obligación genérica; o de elección en una obligación alternativa- o extinguir una relación jurídica -v.gr., facultad de impugnar un negocio jurídico anulable o de resolver un contrato por incumplimiento- en la esfera jurídica ajena.

#### **1.4. La estructura del derecho subjetivo**

Como poderes concretos que son, los derechos subjetivos han de tener un titular, ejercitarse sobre un determinado bien y tener un contenido concreto. En consecuencia, el sujeto titular, el bien objeto del derecho subjetivo y el contenido del mismo, conforman los tres elementos estructurales de todo derecho subjetivo.

a) El sujeto titular: La existencia de un derecho subjetivo reclama estructuralmente la presencia de un sujeto (el enunciado de dos supuestos de derechos sin sujeto, representados por la herencia yacente y por la herencia deferida a favor de una persona concebida, pero no nacida, es erróneo). Puede serlo tanto una persona física, como una persona jurídica. Puede existir un titular singular o individual o una pluralidad de titulares de un mismo derecho subjetivo. Los supuestos de pluralidad de titulares -situaciones de cotitularidad o de comunidad- pueden configurarse con arreglo a tres sistemas de relaciones entre ellos: *i)* La cotitularidad en mano común -ningún cotitular puede disponer por sí solo de nada, ni de su propia situación jurídica, ni de la de los demás cotitulares-. *ii)* La cotitularidad solidaria o «*in solidum*» -cualquiera de los cotitulares puede disponer tanto de su situación jurídica, como de las de los demás cotitulares (art. 1143 del CC). *iii)* La cotitularidad romana o por cuotas -ninguno de los cotitulares puede disponer por sí solo de la

situación jurídica de los demás cotitulares, pero sí de la propia, como ocurre en la comunidad regulada en los arts. 392 a 406 del CC-.

b) El objeto del derecho subjetivo: El derecho subjetivo se proyecta sobre un «*quid*», que puede ser una cosa u objeto, en sentido jurídico, material o inmaterial, siempre y cuando pueda ser objeto de lícito comercio; o una prestación consistente en un hacer o en un no hacer.

c) El contenido del derecho subjetivo: Está integrado por las facultades concretas que atribuye a su titular, pudiendo ser éstas de naturaleza frutiva o de configuración de la esfera jurídica ajena; de disposición en sentido estricto; de protección o de defensa –judicial o extrajudicial- del derecho, incluyendo la facultad de exclusión de terceros.

### **1.5. La adquisición de los derechos subjetivos**

El Ordenamiento jurídico subordina la atribución efectiva de la titularidad de un derecho subjetivo a una persona al acontecer de determinados hechos, denominados, por esta razón, «hechos adquisitivos» (*v.gr.*, el nacimiento determina la adquisición de los derechos de la personalidad; el fallecimiento la adquisición de los derechos por los herederos del fallecido, etc.); o de determinados actos jurídicos; diferenciándose los actos de los hechos, en que en los primeros son voluntariamente realizados; resultando indiferente la voluntad de la persona en el caso de los hechos jurídicos. La atribución de la titularidad también puede traer causa de un negocio jurídico adquisitivo –adquisición negocial-, caracterizados porque la voluntad se proyecta sobre la realización del acto, encaminada a la producción de determinados efectos (*v.gr.*, contrato, testamento, etc. ).

La adquisición de los derechos subjetivos, en función de la relevancia de la voluntad del transmitente anterior u originario del derecho subjetivo, puede ser: a) Derivativa -o sucesión en sentido amplio-. Supone una transmisión de la titularidad del derecho basada en la titularidad del transmitente o del causante. En la medida en que la transmisión se basa en esta titularidad previa, la titularidad del transmitente opera como condición y como medida de la transmisión. A su vez la adquisición derivativa puede ser traslativa -lo transferido es precisamente el mismo derecho que tenía el causante- o constitutiva -lo transmitido son algunas de las facultades pertenecientes al derecho del que es titular el transmitente o causante (se crea un derecho que antes no existía)-. b) Originaria. Adquisición de la titularidad de un derecho subjetivo «*ex novo*», sin que traiga causa de un anterior titular. El contenido del derecho que se adquiere se acomoda al que constituye el normal del derecho de que se trate. Los modos paradigmáticos de adquisición originaria están constituidos por la usucapión y por la ocupación.

Por la determinación, individual o no, de los derechos subjetivos que se transmiten, la adquisición puede ser a título universal y a título particular. La adquisición es a título universal cuando implica un subingresso en la misma titularidad patrimonial del causante, situándose el adquirente en la misma posición jurídica que ostentaba el causante o transmitente, el centro de todas las relaciones de poder y responsabilidad de éste (es lo que ocurre, *v.gr.*, en la sucesión por causa de muerte, en la transmisión que se produce a favor del heredero o en los supuestos de fusión, de absorción y de sucesión de sociedades). El adquirente a título universal ostenta los mismos títulos jurídicos que su causante, operándose también la sucesión procesal de éste (art. 16 de la LECiv). La transmisión o sucesión a título particular implica un subingresso del adquirente en la titularidad de un derecho subjetivo procedente del patrimonio del causante,

siendo un tercero en las relaciones jurídicas del causante. La diferencia entre la adquisición universal y a título particular comporta necesariamente una distinción entre los derechos adquiridos. En la sucesión a título universal se adquieren necesariamente todos los derechos que forman parte del patrimonio del causante –o una parte alícuota de ellos-, a los que es llamado el adquirente. Este llamamiento no se produce en el caso de las adquisiciones a título particular, en las que se adquieren los derechos individualizados por su objeto y, en lo que atañe a las deudas, no se adquieren, salvo si expresamente se contempla la asunción de las mismas.

### **1.6. La extinción de los derechos subjetivos**

Sin perjuicio de la existencia de causas específicas de extinción de determinados derechos subjetivos que cuentan con una regulación típica y del juego de la autonomía privada en la configuración de las mismas, pueden enunciarse, con carácter general, las siguientes causas que determinan la desaparición o extinción del derecho subjetivo en la esfera jurídica de su titular:

a) La renuncia. Se trata de un negocio jurídico de naturaleza abdicativa, caracterizado por el hecho de que la voluntad unilateral del titular actual determina la extinción del derecho. La renuncia es irrevocable una vez que ha sido consentida o ha surgido a favor de un tercero un derecho como consecuencia de la renuncia (v.gr., el tercero ocupa el bien mueble cuya propiedad ha sido renunciada). En el caso de que la renuncia tenga como objeto el derecho de propiedad, se conoce con el nombre de abandono o derelicción. Los límites a la eficacia del negocio de renuncia los contempla el art. 6.2 del CC y están constituidos por el interés o el orden público y el perjuicio de tercero.



b) La pérdida o destrucción de la cosa que constituya el objeto del derecho subjetivo. Aquellos derechos subjetivos que sean inherentes a una cosa, en sentido jurídico, se extingue cuando esta desaparece, tanto en sentido material, como en sentido jurídico (v.gr., en los supuestos de demanialización). En los casos en los que la pérdida sea imputable a un tercero, éste estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al titular del derecho que se extingue. Si la ley lo admite, es posible la subrogación del bien que haya entrado en el patrimonio del titular como consecuencia de la pérdida (arts. 110 de la LH y 1186 del CC).

c) La confusión y la consolidación. Determinados derechos que tienen por objeto un bien de propiedad ajena se extinguen por consolidación en los supuestos en los que el derecho de propiedad y la titularidad del derecho que los grava se reúnen en una misma persona (v.gr., arts. 513.3º y 546.1º del CC y 107.1º de la LH). Los derechos que tengan por objeto un derecho de crédito de su titular frente a un tercero, se extinguen por confusión en los supuestos en los que, por cualquier causa, se reúnen en una sola persona las cualidades de deudor y de acreedor (art. 1192 del CC).

d) El decurso del tiempo: el no uso, la prescripción y la caducidad. En el caso de que un tercero contradiga la titularidad de un determinado derecho subjetivo, el transcurso de un determinado lapso de tiempo sin que su titular reaccione a través de los mecanismos previstos para la defensa de su derecho, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, determina la prescripción de las acciones de tutela y, en consecuencia, la correlativa pérdida del derecho subjetivo. El art. 1930.II del CC establece que por la prescripción se extinguen todos los derechos y acciones de la clase que sean. Es posible también, como regla general, que en el título constitutivo de un derecho se pacte expresamente un plazo

determinado de duración del mismo, cuyo decurso determina la extinción del derecho de que se trate (o que la legitimación con la que actúa el constituyente determine que la extinción del derecho que amparaba su actuación, provoque la extinción del constituido - v.gr. arrendamiento constituido por un superficiario-).

La regla general es que los derechos no se extinguen por su no uso, aun cuando este no uso se prolongue en el tiempo. El único caso de extinción por no uso es el constituido por las servidumbres discontinuas (art. 546.2º del CC). En el ámbito de la propiedad sobre bienes inmateriales, que se adquiere en virtud de una concesión registral, el derecho se extingue por falta de uso efectivo en un laso de tiempo determinado (arts. 39 y 55 de la LM/2001 y 83 y 116.1.e) de la LPat). Para estos derechos de propiedad sobre bienes inmateriales, las respectivas leyes reguladoras contemplan la extinción por el simple transcurso del laso de tiempo determinado normativamente, con independencia de que se hayan usado, o no, incorporándose el bien inmaterial al dominio público y siendo susceptible de un uso general (art. 26-30, 98, 112, 119 y 125 del TRLPI; 49 y 152 LPat y 5 y 7 de la LM/2001). Este modo de extinción de la titularidad de los derechos se denomina caducidad. También están sometidos a un plazo de caducidad los derechos reales de adquisición preferente de origen legal, de modo que si su titular no los ejercita en el plazo normativamente conferido, se extinguen.

e) La muerte de su titular. Los derechos de naturaleza vitalicia se extinguen por la muerte -o la declaración de fallecimiento- de su titular. Es el caso del usufructo, si, en el caso de usufructo convencional o negocial no se ha pactado una duración temporal determinada en el título constitutivo del mismo y su transmisibilidad «*mortis causa*» (art. 513.1º del CC); así como de los derechos reales de uso y de habitación (art. 529 del CC) y también la renta vitalicia

(art. 1802 del CC). Existen derechos respecto de los que la transmisión «*mortis causa*» solo puede tener lugar a favor de determinadas personas, de manera que, en ausencia de éstas, el derecho se extingue (es el caso, *v.gr.*, de los derechos del arrendatario de vivienda, ex arts. 16 y 33 de la LAU).

f) El cumplimiento de la condición. Los derechos que se hayan adquirido sometidos a condición resolutoria, se extinguen cuando tenga lugar el suceso futuro del cual no se tenga certeza de si ha de ocurrir o no, establecido como condición en el título constitutivo del derecho (arts. 513.2º, 546.4º, 790, 1113 y 1123 del CC). La excepción a la posibilidad de que la adquisición de un derecho se someta a condición está representada por los negocios de estado civil, respecto de los que la ley no admite que se adquieran sometidos a plazo o condición (*v.gr.*, art. 45 del CC, respecto del matrimonio).

## **2. O EXERCICIO DOS DEREITOS SUBXECTIVOS**

### **2.1. El ejercicio de los derechos subjetivos**

Plantear, con carácter general, la cuestión atinente al ejercicio de los derechos subjetivos es equivalente a contemplar la totalidad de su régimen jurídico, razón por la cual, parece que han de encontrar acomodo en esta sede el tratamiento de la representación en el ejercicio de los derechos subjetivos, las reglas de protección de la apariencia jurídica, así como aquéllas que disciplinan los supuestos de colisión de derechos subjetivos, cuyo ejercicio coetáneo resulte incompatible. La cuestión relativa a los límites intrínsecos del ejercicio de los derechos subjetivos, representados por la buena fe y por el abuso del derecho es merecedora de un tratamiento específico y diferenciado (*infra*, §.3).

### **2.2. La representación**

### **2.2.1. La representación voluntaria y la representación legal**

Los derechos subjetivos pueden ser ejercitados por su titular, siendo la regla general en el tráfico jurídico que las personas físicas operen por sí mismas. En aquellos supuestos en los que la actuación personal se presenta como imposible o desaconsejable, es cuando se busca a una tercera persona que despliegue la actividad de que se trate en lugar del directamente interesado, sustituyéndole. A su vez, en el caso de personas físicas menores de edad o incapacitadas, que son titulares de derechos y de obligaciones, las normas jurídicas imponen a las personas que ostentan las facultades de guarda legal -patria potestad o tutela- de las mismas, la actuación de los derechos subjetivos en nombre de aquéllos o en virtud de una representación legal. Asimismo, las personas jurídicas actúan en el tráfico jurídico a través de sus órganos de representación, integrados por personas físicas.

El art. 1259.I del CC establece que la representación puede ser voluntaria o convencional y legal. En efecto, el actuar en el tráfico jurídico una persona por otra puede encontrar su origen:

1º) En la declaración de voluntad del propio representado, interesado, confiriendo autorización a otra persona -el representante- para actuar en su esfera jurídica patrimonial y/o personal. En el caso de la representación voluntaria, los representantes actúan por decisión del interesado -el representado- y en estricta dependencia de su voluntad.

2º) En una norma jurídica, en protección de quienes, por razón de la menor edad, la incapacitación o la ausencia, no pueden o no deben -en el caso del concursado incapacitado- ejercitar por sí mismos los derechos subjetivos de que son titulares. Los actos de ejercicio de estos derechos subjetivos son ejercitados por una persona capaz a la que la ley faculta y obliga a

desempeñar tal cargo en beneficio e interés del menor de edad o del incapacitado. A diferencia de lo que acontece en los supuestos de representación voluntaria, en el caso de la representación legal, la voluntad del representante no depende de la voluntad de la persona representada, sino que goza de autonomía, sustituyéndola plenamente en su actividad jurídica.

### **2.2.2. La representación directa**

Tanto el representante legal, como el voluntario, han de actuar en nombre de representado, siendo la actuación en nombre ajeno el dato característico de la representación. De esta actuación representativa resultan vinculados el representado y el tercero -representación directa-. Para poder actuar ante la comunidad jurídica como representante de otra persona, el representante ha de estar facultado legal o convencionalmente para ello. En el caso de la representación convencional o voluntaria esta autorización se articula en virtud de un acto de apoderamiento, que es un acto unilateral de declaración de voluntad del representado que confiere un poder de representación al representado o apoderado. Este apoderamiento puede ser especial -para un asunto concreto- o general -para gestionar una serie múltiple de asuntos del poderdante o, incluso, todos los asuntos y negocios del poderdante-.

En la práctica no son extraños los supuestos en los que una persona actúa sin contar con la legitimación que le confiere la existencia de poder de representación, de origen legal o convencional, pudiendo diferenciarse en el marco de estos supuestos de actuación son legitimación: 1º) Los supuestos de inexistencia de poder. 2º) Los supuestos de exceso de actuación representativa -casos de revocación del poder por el representado, de extralimitación en las instrucciones recibidas-. En estos casos en los que una persona se presenta como representante de otra, sin existir un acto de apoderamiento que legitime su actuación se está en

presencia de un «*falsus procurator*», cuyas consecuencias se contemplan en el art. 1259.II del CC, a tenor del cual, el contrato celebrado entre el representante y el tercero será nulo. Esta consecuencia jurídica se produce salvo que la persona a cuyo nombre se otorgue lo ratifique, antes de ser revocado por la otra parte contratante. La ratificación es una aceptación «*ex post facto*» y viene a suponer un apoderamiento «*a posteriori*», con eficacia retroactiva y sanadora del defecto del poder de la actuación del representante (la fecha del negocio jurídico ratificado es la del celebrado por el «*falsus procurator*» y no la de la ratificación).

En los supuestos de inexistencia de ratificación, el tercero podrá actuar frente al sedicente representante, bien ejercitando la vía penal si concurren los presupuesto del tipo delictivo de la estafa, bien reclamando, en la vía civil, el resarcimiento de los daños causados por la actuación falsamente representativa, para lo que será necesario que el tercero haya pactado de buena fe con el «*falsus procurator*». El resarcimiento de los daños abarcará el interés contractual negativo.

### **2.2.3. La denominada representación indirecta o mediata**

La representación indirecta tiene lugar en aquellos supuestos en los que el representante actúa en nombre propio, sin manifestar u ocultando conscientemente el nombre de la persona por cuenta de la que actúa o «*dominus negoti*» -en estos supuestos el representante es un mandatario (arts. 1709 y ss del CC)-. En el caso de la representación indirecta la actividad del mandatario no vincula de manera directa e inmediata al representado y al tercero, no existiendo ninguna relación entre el mandante y el tercero cuando el mandatario obra en su propio nombre (art. 1717 del CC). En consecuencia: 1º) El mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante. 2º) El mandatario queda obligado directamente con la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo.

Si el mandatario actúa en nombre ajeno, entonces nos situamos en el ámbito de la representación directa.

### **2.3. La protección de la apariencia**

La regla general en materia de transmisión derivativa de la titularidad de derechos subjetivos es que nadie está legitimado para transmitir a un tercero derechos distintos de los que es titular, de manera que no puede disponer de bienes o derechos ajenos sin que medie una previa autorización de su titular. El negocio transmisivo o constitutivo realizado por un disponente no legitimado -realizado «*a non domino*»- es válido -si reúne los requisitos de validez atendiendo al tipo de negocio jurídico de que se trate-, pero, en todo caso, ineficaz. Los defectos de legitimación y la consumación de los efectos adquisitivos requieren bien el juego de la usucapión -ordinaria o extraordinaria, en función de si en negocio dispositivo, es válido o no y concurre buena en el adquirente-, bien la aplicación de alguna de las normas de protección del adquirente de buena fe, que los sitúan en una situación de inatacabilidad o de inoponibilidad. Estas normas son, en materia de bienes inmuebles y de derechos reales sobre bienes inmuebles el art. 34 de la LH -que acoge el principio de *fe pública registral*- y, en materia de bienes muebles, el art. 464.I del CC -en su interpretación germanista, predominante en la jurisprudencia (v.gr. SSTs de 25 de febrero de 1992 [RJ 1992\1549] y de 22 de enero de 2002 [RJ 2002\21])- , así como los arts. 85, 86, 324 y 545 del CCom y, respecto de los créditos incorporados en una letra de cambio, los arts. 19, 20, 46 y 67 de la LCCh.

### **2.4. La colisión de derechos subjetivos**

Se habla de colisión de derechos subjetivos en aquellos supuestos en los que dos titulares disponen de distintos títulos sobre bienes jurídicos que no

pueden ser satisfechos de manera cumulativa. Esta situación puede tener diversos orígenes: 1º) Dos o más personas pretenden ostentar la titularidad de un mismo derecho con fundamento en distintos títulos, contradictorios entre sí. 2º) Dos o más derechos que, no siendo contradictorios entre sí, no pueden, sin embargo, resultar satisfechos de manera coetánea, puesto que la satisfacción de uno, elimina la posibilidad de la satisfacción del interés del otro. 3º) Dos o más personas son titulares de derechos sobre el mismo bien, no siendo susceptibles de una satisfacción simultánea, pero sí de manera sucesiva, conforme a una ordenación de rango.

Los conflictos que resultan de los supuestos de colisión de derechos subjetivos se resuelven con arreglo a diversos criterios: 1º) La prioridad posesoria, que se aplica, *v.gr.*, para resolver el conflicto entre dos compradores de un mismo bien, habiendo actuado como vendedor un mismo sujeto (art. 1473 del CC) y para establecer determinadas preferencias en el cobro de créditos sobre un mismo patrimonio del deudor que resulte insuficiente para pagar todas las deudas (*ex art.* 1922.5º y 7º del CC). 2º) La prioridad temporal. Este criterio determina la preferencia del derecho del titular más antiguo. Se aplica, *v.gr.*, para resolver el conflicto entre dos sujetos cesionarios del mismo crédito, transmitido por el mismo cedente o cuando adquieren del mismo dueño un derecho mueble corporal que no puede acceder al Registro. El art. 1473.III del CC acoge el principio de prioridad temporal para resolver el conflicto entre distintos compradores de un bien inmueble, siempre que no haya inscripción registral ni posesión. 3º) La prioridad que otorga la existencia de una inscripción registral. En el caso de que el conflicto tenga como objeto derechos subjetivos sobre bienes inmuebles y sólo uno de ellos haya accedido al Registro de la Propiedad, el criterio básico elegido por el legislador es dotar de preferencia al titular del derecho inscrito, siempre que haya actuado de buena fe (arts. 606 y 1473 del CC y 32 de la LH). Esta preferencia recibe la denominación técnica de *principio de inoponibilidad registral* y se formula en la regla general que acoge el art. 32 de la LH -los derechos no inscritos



no perjudican al titular de un derecho inscrito-; así como en la aplicación singular de la misma en el art. 1473 del CC, para el contrato de compraventa –en el caso de venta de un mismo bien inmueble a dos compradores, se prefiere al que primero inscriba la adquisición en el Registro de la Propiedad-. 4º) Los principios de tracto sucesivo y cierre registral. Estos principios, acogidos en los art. 20 y 17 de la LH, respectivamente, determinan la protección del titular de un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, frente a la concurrencia de otro titular que pretenda la inscripción. El principio de *tracto sucesivo* impide que se inscriba o anote un título por el que se transmita, grave o modifique un derecho inscrito, si no aparece otorgado por el titular registral con facultades para transmitir y con independencia de la titularidad material del derecho o conforme a las normas del Derecho civil puro o sustantivo. Por su parte, el principio de *cierre registral* determina que, inscrito o anotado un título, no puede inscribirse o anotarse otro que se le oponga o que sea incompatible, aunque sea de fecha igual o anterior al que esté anotado o inscrito. La RDGRN de 28 de noviembre de 2008 [RJ 2008\1463] ha considerado que el principio de cierre registral constituye una aplicación del principio de prioridad. 5º) La prioridad derivada del rango. El titular de un derecho inscrito no puede oponer el efecto propio del principio de cierre registral a titulares de derechos no incompatibles constituidos por titular registral legitimado, si bien estos derechos serán posteriores en el rango, no pudiendo afectar al ejercicio del derecho previamente inscrito. El rango registral lo determina la fecha de inscripción –determinada, a su vez, por la fecha del asiento de presentación-, sin importar la fecha de otorgamiento del título que accede al Registro de la Propiedad (art. 24 y 25 de la LH).

### **3. BOA FE, ABUSO DO DEREITO E FRAUDE DE LEI**

El poder o las facultades de actuación jurídicamente protegidas que los derechos subjetivos confieren a sus titulares está sujeto a límites intrínsecos, constituidos por la buena fe y por el abuso del derecho. El

Derecho impone a los titulares de los derechos subjetivos el deber de ejercitarlos con arreglo a unos módulos determinados, que pueden afectar bien a la forma de su ejercicio, bien al fin perseguido a través del mismo. En aquellos casos en los que el titular ejercita el derecho subjetivo sin respetar estos límites intrínsecos –o implícitos-, el acto de ejercicio se califica como antijurídico y no encuentra amparo en la norma jurídica, por ser contrario a las exigencias de ejercicio conforme a las reglas de la buena fe; o por calificarse, objetivamente, como un ejercicio anormal, excesivo o carente de una finalidad seria y legítima –ejercicio abusivo del derecho-.

### **3.1. La buena fe**

La buena fe es contemplada en diversos ámbitos materiales en el Derecho privado: como límite a las obligaciones de restitución en los supuestos de rescisión contractual, en aquellos casos en los que los bienes que hubieran de ser restituidos se encuentren en poder de personas que hayan actuado de buena fe (arts. 1295.II del CC y 73.2 y 3 de la LC/2003); en materia de posesión (arts. 433.1 y 436 del CC), de adquisición de la titularidad de derechos mediante la usucapión ordinaria (arts. 1950, 1951, 1955 y concordantes del CC) y de liquidación del estado posesorio (arts. 451 a 457 y concordantes del CC); en relación con la protección del adquirente en supuestos de transmisiones realizadas «*a non domino*» (arts. 464.I del CC, 545 del CCom y 34 de la LH), en la integración de las obligaciones contractuales (arts. 1258 del CC, 10.2 de la LCGC y 83.2 del TRLGDCU) y en la nulidad de condiciones generales de la contradicción y de cláusulas contractuales predispuestas en la contratación con consumidores y usuarios que sean contrarias a las exigencias de la buena fe (art. 82.1 del TRLGDCU).

La exigencia del ejercicio de los derechos subjetivos conforme a los postulados de la buena fe es común en los Ordenamientos jurídicos comparados. En el Ordenamiento jurídico español esta exigencia está contemplada expresamente en el art. 7.1 del CC –que ha de ser completado con la previsión contenida en el art. 1258 del CC, en cuanto a la integración de las obligaciones «*ex contractu*»-, como un límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos, prescribiendo el precepto que «*deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*». A través de este precepto, el principio general de actuación conforme a la buena fe se eleva al rango de norma legal, con todo el contenido ético y social que lo integra. La buena fe, como límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos presenta tanto un aspecto objetivo, como un aspecto subjetivo. En el aspecto objetivo, la buena fe se presenta como un deber de comportamiento diligente, de tal manera que servirá para modular el contenido del derecho subjetivo, adaptándolo a las reglas objetivas de la honradez en el tráfico jurídico negocial, que lleva a confiar y a creer en la palabra dada, de manera que una declaración de voluntad surtirá los mismos efectos que, de ordinario, ha producido en casos similares, obrando con rectitud y lealtad. En el aspecto subjetivo, la buena fe se vincula con su contenido ético, como confianza y creencia del sujeto titular del derecho subjetivo de obrar de manera diligente, siendo así compatible con la concurrencia de un error excusable.

Como corolarios de la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos pueden enunciarse los siguientes, elaborados por la moderna doctrina alemana, y que presentan como nota común la exigencia de adoptar un comportamiento coherente:

1º) La interdicción de la actuación contraria a los propios actos y a la confianza legítima generada por éstos en un tercero, consistente en que el derecho no sería ejercitado o lo sería de una determinada

manera. La STS de 20 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9277] ha precisado la concurrencia de los requisitos que han de concurrir para su aplicación: el acto que se pretende combatir ha de haber sido adoptado y verificado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; ha de existir un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado y el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; y la acción ha de ser concluyente e indubitada. En consecuencia: a) La simple pasividad o el silencio no permite el juego de la doctrina de los propios actos. b) El mantenimiento de una discusión entre los sujetos, mediante actos inequívocos, impide apreciar la concurrencia de un supuesto al que la doctrina resulte de aplicación. c) Los actos propios han de provenir de una misma persona, actuando con la misma representación.

2º) La interdicción del retraso desleal en el ejercicio de un derecho. Este límite se refiere a los supuestos en los que el ejercicio de un derecho subjetivo no prescrito pueda resultar, por el mero transcurso del tiempo, inadmisibile. La tesis tiene su origen en la doctrina alemana y ha sido objeto de especial atención por ésta, con la denominación de «*Verwirkung*». De conformidad con las exigencias de la buena fe, un derecho subjetivo no puede ejercitarse cuando su titular no se ha preocupado, durante un largo laso de tiempo, de hacerlo vale y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario pueda esperar, objetivamente, que ya no se ejercitará. La omisión del ejercicio del derecho subjetivo durante un laso de tiempo es un requisito esencial de la «*Verwirkung*», pero no es suficiente, precisándose, adicionalmente, que el ejercicio actual aparezca como desleal e intolerable para el adversario, desde una perspectiva objetiva, con independencia, entonces, de cuáles hayan sido las causas del retardo y de la inactividad, incluso aunque el titular no haya tenido conocimiento del derecho subjetivo o de la pretensión

que le asistía, persiguiéndose con esta doctrina una finalidad objetiva de normalización de las situaciones jurídicas.

La doctrina de la «*Verwirkung*» se aplicó, de manera prístina, en los tres ámbitos materiales que siguen: a) Aplicación de las normas jurídicas dictadas con motivo de la depreciación monetaria acaecida después de la I Guerra Mundial y de la revalorización de los créditos llevada a cabo legislativamente. La jurisprudencia consideró que no era admisible que el deudor tuviera que estar mucho tiempo esperando a saber si el acreedor pediría la revalorización del crédito. b) En el ámbito del Derecho industrial –marcas y competencia desleal-, en el que se ha considerado que una larga inactividad del titular puede ser interpretada como un signo de aquiescencia del estado posesorio y de que la acción de protección del derecho ya no se ejercitará. c) En el Derecho del trabajo, en aquellos casos en los que el trabajador ha venido percibiendo un salario inferior al marcado en el convenio colectivo, con pleno conocimiento y voluntariamente, sin que medie estado de necesidad o explotación por el patrono, considerándose por la jurisprudencia alemana contradictorio con la buena fe que, mucho tiempo después –con frecuencia una vez que se ha extinguido la relación laboral-, el trabajador haga valer su derecho.

Sin perjuicio de que la jurisprudencia española admita que las acciones de tutela de los derechos puedan ser ejercitadas hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, en determinados supuestos, la doctrina jurisprudencial aplica el límite de la buena fe para evitar que se defraude la confianza legítima de terceros en el no ejercicio de un derecho cuando ha transcurrido un dilatado periodo de tiempo de inactividad por su titular. El ejemplo paradigmático está representado por la declaración de extinción de la sociedad legal de gananciales tras una separación de hecho de los cónyuges larga y libremente consentida (STS de 13 de junio de 1986 [R] 1986\3549)).

3º) La pretensión de nulidad de un negocio jurídico con fundamento en defectos formales en los casos en los que quien pretenda hacer valer aquella causa de nulidad la haya provocado o haya consentido la validez y eficacia del negocio durante un periodo de tiempo, ejecutando las prestaciones que del mismo se derivan o atemperando su actuación a su contenido (v.gr., SSTS de 14 de octubre de 1991 [RJ 1991\6917] –petición de nulidad de un subarriendo, con fundamento en la exigencia de forma escrita del art. 8 de la LAU, cuando el propio arrendador lo había consentido verbalmente- y 9 de mayo de 1994 [RJ 1994\3894] –en el caso de la madre de un menor que actúa como vendedora en el contrato y que ejercita la acción de anulabilidad del mismo por falta de autorización judicial, estimando el TS la ausencia de legitimación activa de la misma, por ser una actuación contraria a sus propios actos-).

### **3.2. El abuso del derecho**

Los primeros Códigos civiles, fruto de la ideología liberal burguesa y en línea con la concepción absoluta del derecho de propiedad privada, desconocieron el límite intrínseco en el ejercicio de los derechos subjetivos representado por el abuso del derecho. Es por obra de la jurisprudencia como se inicia la prohibición de los actos de emulación y de los actos de ejercicio abusivo del propio derecho – Sentencia del Tribunal de Colmar de 1855, que resuelve el supuesto de la colocación de una falsa chimenea con una finalidad exclusivamente lesiva de los intereses legítimos de un vecino a obtener determinadas vistas-, con antecedentes en el Derecho común y frente al principio general reconocido en el Derecho intermedio español –constituido por la Partida VII.34.14, a tenor de la cual «*non faze tuerto a otro, quien usa de su derecho*»-. En el Derecho español la recepción de la doctrina del abuso del derecho fue abonada por la

doctrina científica –la Tesis Doctoral de J. CALVO SOTELO (*Doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917)-, acogiéndose, por vez primera, en la STS de 14 de febrero de 1944 [RJ 1944\293], admitiendo la atemperación del principio proveniente del Derecho romano «*qui iure suo utitur neminem laedit*», mediante la admisión de la indemnizabilidad del daño ocasionados en el ejercicio del derecho siempre que éste se actúe por su titular de forma abusiva. Esta doctrina jurisprudencial fue seguida, de modo reiterado y uniforme, por la jurisprudencia, hasta que se incorpora en una norma de Derecho positivo, en la reforma del TP del CC llevada cabo en el año 1974, sin perjuicio de su reconocimiento anterior en las derogadas LAU de 1964 y Ley del Libro de 1975.

Fiel al mandato contenido en la Ley de Bases de 1973, el art. 7.2 del CC contiene la interdicción del abuso del derecho, así como del ejercicio antisocial del mismo, sin precisar si se trata de dos institutos diversos –HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN-, complementarios –ESPÍN y LACRUZ- o coincidentes –identidad o sinonimia de ambas expresiones sostenida por Díez-PICAZO-. Con independencia de la interpretación doctrinal del precepto que se asuma, lo que resulta claro es que se ha producido una equiparación legal entre el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, lo que implica la imposibilidad de la distinción en cuanto a sus efectos o consecuencias jurídicos, en conclusión que resulta avalada por la EM del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en virtud del que se aprueba el nuevo TP del CC, al resaltar que ambas hipótesis, sin perjuicio de la diferencia de matices, permiten un tratamiento conjunto, en tanto que se parte del desbordamiento de los límites normales del ejercicio del derecho y del daño para becerro, sin perjuicio de que el hecho provocador pueda proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención el agente, como de otros datos de naturaleza diversa, cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes. Sin perjuicio del alcance

general de la norma establecida en el art. 7.2 del CC, el abuso del derecho está contemplado también en normas que lo aplican para supuestos concretos, como es el caso paradigmático de los acuerdos adoptados por las juntas de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal que son impugnables (ex art. 18.1.c de la LPH).

La extralimitación en el ejercicio del propio derecho subjetivo que permite su calificación como abusivo, puede producirse: 1º) Por la intención del titular del derecho, constituida por la causación de un perjuicio a un tercero, sin existir un fin serio y legítimo que ampare este ejercicio. 2º) Por la finalidad objetiva obtenida con el ejercicio, constituida por el perjuicio ajeno, sin beneficio propio o el ejercicio del derecho que se utiliza para servir a una función o a un interés distinto de aquél para el que fue concebido o un exceso en su ejercicio. 3º) Por las circunstancias en que se realice, que son las concretas que rodean el acto de ejercicio que se pretende calificar, en consideración a la situación de los sujetos que intervienen, el tiempo, el lugar y el modo de ejercicio, de manera que si son anormales, el ejercicio puede constituir un abuso del derecho que se ejercita (la STS de 21 de mayo de 2006 [RJ 2006\612] avala la existencia de abuso del derecho sin necesidad de la concurrencia de la intención de dañar o de lesionar interés legítimos o jurídicamente protegidos de un tercero ).

En esencia la teoría del abuso del derecho se construye sobre la interdicción de rebasar los límites externos de su contenido – determinados por las concepciones vigentes en cada contexto histórico-social-, en tanto que si éstos son traspasados desaparece el abuso, para entrar en el ámbito de los actos ilícitos subsumibles en las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. La jurisprudencia considera que el abuso del derecho es un remedio de carácter extraordinario o excepcional y que, en consecuencia,



debe ser objeto de una aplicación restrictiva (entre otras, STS de 20 de junio de 2008 [RJ 2008\4263]).

Las consecuencias jurídicas vinculadas a la calificación del ejercicio de un derecho subjetivo como abusivo difieren en función de si se ha causado un daño a un tercero o no. Si el daño no se ha causado, la consecuencia jurídica radica en la falta de amparo o tutela del ejercicio del derecho por su titular, que no va a poder recabar el amparo de los órganos jurisdiccionales para su protección. En el caso de un ejercicio abusivo y dañoso, el perjudicado está legitimado activamente para instar la adopción de medidas judiciales y/o administrativas que impidan la persistencia en el abuso –puede instar la cesación de la conducta que causa el daño a través de una pretensión inhibitoria-, así como para ejercitar la correspondiente acción de reparación –en forma específica- o de indemnización y la remoción de las situación fácticas nacidas a su amparo.

### **3.3. El fraude de ley**

El art. 6.4 del CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

La nota característica del fraude de ley radica en el hecho de que a pesar de existir un acto o un negocio jurídico de contravención de una norma cogente –imperativa o prohibitiva-, existe una apariencia de protección del resultado. Los requisitos que han de concurrir para que un determinado acto o negocio jurídico pueda considerarse realizado en fraude de ley son los que siguen:

1º) La existencia de una norma defraudada.

2º) La apariencia de protección del resultado -existencia de una norma de cobertura-.

3º) La apariencia de protección que resulta de la norma de cobertura ha de resultar insuficiente, pues en el caso de que el resultado estuviese protegido por ella, estaríamos ante un supuesto de conflicto o de concurrencia de normas que habrá de resolverse conforme a los principios generales de jerarquía normativa o de especialidad (STS de 23 de febrero de 1993 [RJ 1993\1227]).

4º) Concurrencia de un elemento subjetivo, constituido por el ánimo fraudulento. En relación con este presupuesto ha de tenerse en cuenta que la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión discrepa entre quienes consideran que se exige la concurrencia de mala fe o la intención de producir el fraude -v.gr., LACRUZ, PUIG BRUTAU Y RODRÍGUEZ ADRADOS-; y quienes defienden que el elemento subjetivo -la mala fe- no es un requisito cuya concurrencia se exija en el fraude de ley, de manera que tanto se puede incurrir en fraude de manera consciente, como de manera inconsciente -DE CASTRO-.

A favor de la primera interpretación -exigencia de mala fe- milita la «*voluntas legislatoris*» expresada en EM de reforma del TP del CC llevada a cabo en 1973/74, en la que se señala que «*es fraudulenta la sumisión de una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido*»; así como el tenor literal del art. 6.4 del CC -en el que se contienen los términos «*perseguir*» y «*tratar de eludir*», con connotaciones claramente subjetivas-.

Sin embargo, esta interpretación no puede ser acogida y ello por cuanto el fundamento de la interdicción del fraude de ley radica en la

obligatoriedad del cumplimiento de las normas jurídicas –no se trata de reprimir comportamientos contrarios a las exigencias de la buena fe, como en el caso de otras instituciones-. En consecuencia, la jurisprudencia del TS considera que el fin único de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de la ley, no la represión del concierto e intención maliciosa (v.gr. SSTS de 26 de febrero de 2001 [R] 2001\1491] y de 20 de julio de 2006 [R] 2006\4734]). Basta entonces la concurrencia de un elemento objetivo –la contravención de la norma defraudada, amparándose en una norma de cobertura, insuficiente, que confiere al acto de contravención una mera apariencia de adecuación a Derecho- para poder afirmar la existencia de un supuesto de fraude de ley.

El ejemplo paradigmático de fraude de ley en el ámbito del Derecho patrimonial está constituido por la utilización de la compraventa con pacto de retroventa –admitida por nuestro Ordenamiento jurídico (arts. 1507 y 1509 del CC –normas de cobertura-)-, para defraudar la prohibición del pacto comisorio que resulta de lo dispuesto en los arts. 1854, 1858 y 1859 del CC –con al finalidad de proteger los intereses de los acreedores-.

La consecuencia de que un acto o negocio jurídico se califique como realizado en fraude de ley determina la aplicación de la sanción que corresponda a la contravención de la norma defraudada, que no es necesariamente la nulidad, sino que se aplica la norma cuya aplicación se ha tratado de eludir. En el caso de que se hayan ocasionado daños a terceros de buena fe, éstos están protegidos por el instituto de la responsabilidad civil extracontractual (ex arts. 1902 y concordantes del CC).

#### **4. A RELACIÓN XURÍDICA**

La relación jurídica es una situación jurídica intersubjetiva organizada unitariamente para la consecución de una específica finalidad. De este concepto, se deriva que la relación jurídica es: 1º) Una situación o posición jurídica o manifestación estática de la realidad jurídica, lo que la diferencia de los hechos jurídicos. 2º) Una posición jurídica en sí misma considerada, de manera que para que exista una relación jurídica no hace falta que se esté actuando el contenido de la misma, no es preciso un ejercicio actual, pues subsiste de igual manera (v.gr., relación jurídica de patria potestad en los casos en los que está suspendido su ejercicio; relación jurídica matrimonial, en los supuestos de separación conyugal, etc.). 3º) Es una relación intersubjetiva –una manifestación de la alteridad del Derecho-. En palabras de DE CASTRO, la relación jurídica determina la conexión existente entre las personas y la respectiva condición jurídica que, dentro de la relación, adquiere cada una de ellas. 4º) Está organizada unitariamente y ello desde una doble perspectiva: a) Porque la relación jurídica se concibe como una unidad entre la realidad social y la forma jurídica –entre sociedad y Derecho-, de forma que no se puede definir tan sólo como una relación social con efectos jurídicos –como pretenden las corrientes sociologistas-, ni tampoco como una pura regulación jurídica de una realidad social –como sostienen las corrientes formalistas o normativistas-. En efecto, es una conjunción de materia jurídica y material social conformada jurídicamente. b) Desde la perspectiva del contenido de la relación jurídica, ésta constituye una unidad orgánica –VON SAVIGNY-, que se manifiesta en la interconexión o trabazón existente entre los derechos y los deberes que conforman su contenido.

Una de las especies de la relación jurídica es precisamente el derecho subjetivo, que es una relación jurídica derivada de otra básica.

## Bibliografía:

DE CASTRO Y BRAVO, F.: «El ejercicio de los derechos», en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972; Díez-PICAZO, L. *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963; *ibídem*, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo T.P. del C.C. y el problema de sus recíprocas relaciones», *D.J.*, núm. 4, 1974; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>º</sup>: «Observaciones en torno a la buena fe», *Libro homenaje a Roca Juan*, Murcia, 1990; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965; *ibídem*, «La buena fe en el Título Preliminar», *Estudios sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, A.A.M.N., Madrid, 1977; ROGEL VIDE, V. (y otro): *La doctrina de los propios actos. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, Madrid, 2005; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El fraude a la ley», *Estudios sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Vol. I, A.A.M.N., Madrid, 1977; SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la ley (Estudio analítico del artículo 6.4º del Código civil en la doctrina y la jurisprudencia)*, Barcelona, 1989; THON, A.: *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padua, 1951; TUR FAÚNDEZ, N.: *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011; WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

## **4. EL TIEMPO EN EL DERECHO OBJETIVO: ÁMBITO TEMPORAL DE LAS NORMAS. EL TIEMPO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LAS ACCIONES: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CÓMPUTO DEL TIEMPO. EFICACIA ESPACIAL DE LAS NORMAS**

## **TEMA 4**

### **EL TIEMPO EN EL DERECHO OBJETIVO: ÁMBITO TEMPORAL DE LAS NORMAS. EL TIEMPO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LAS ACCIONES: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CÓMPUTO DEL TIEMPO. EFICACIA ESPACIAL DE LAS NORMAS**

#### **1. EL TIEMPO EN EL DERECHO OBJETIVO: ÁMBITO TEMPORAL DE LAS NORMAS**

##### **1.1 Publicación y entrada en vigor**

Con la expresión “comienzo de vigencia” se designa el momento a partir del cual las leyes entran en vigor y resultan aplicables, bien para conceder derechos, bien para establecer prescripciones. En el ordenamiento jurídico español, la entrada en vigor está vinculada a la publicación de la norma, que la Constitución garantiza tanto en el artículo 9.3 CE. –*“la Constitución garantiza (..) la publicidad de las normas”* (cfr. también la STC 2 de noviembre de 1989 donde se señala el fundamento de la necesidad de publicación de las leyes)– como en el artículo 91 CE. respecto de las normas emanadas por las Cortes Generales –*“el Rey sancionará en el plazo de quince días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”*–. En definitiva, no tienen cabida en el ordenamiento jurídico español las *normas secretas*: todas habrán de ser publicadas de modo que puedan ser conocidas por sus destinatarios.

En el ámbito del Código civil, el artículo 2 establece que *“las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”*. Este período de *vacatio legis* regulado por el artículo 2.1 Cc. resulta de aplicación a toda disposición normativa, independientemente de cuál sea su carácter y posición en la estructura jerárquica normativa. Así pues, la determinación de la entrada

en vigor de una norma se condiciona, de entrada, a su completa publicación en:

- el Boletín Oficial del Estado si se trata de disposiciones estatales,
- el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, si se trata de normas de ámbito comunitario,
- si se trata de normas autonómicas, la publicación se entiende referida al Boletín Oficial de la Comunidad y no al Boletín Oficial del Estado –donde también se publica aunque sin carácter constitutivo (cfr. autos TC. 28 de noviembre de 1989 y 24 de febrero de 2004)–.

Si la norma se publica en varios días, se entenderá publicada cuando finalice la publicación.

Junto con la publicación, la fecha de entrada en vigor también está sujeta a la *vacatio legis*; esto es, el período durante el que la norma está “en suspenso” –*vacatio legis*: vacación de la ley–. Así, el Código civil en el artículo 2.1 establece una *vacatio legis* de veinte días que tiene carácter supletorio: sólo entra en juego cuando “*en ellas* –las leyes– *no se dispone otra cosa*”. De este modo, una norma puede entrar en vigor:

- a) en el momento de la publicación, si así lo dispone expresamente la norma (cfr. art. 2.1 Cc.). La publicación constituye el límite mínimo de entrada en vigor de las normas: el comienzo de vigencia de una disposición no puede ser anterior a la publicación (cfr. art. 9.3 CE.);
- b) a los veinte días de la publicación, bien porque así lo disponga expresamente la norma –cosa poco frecuente– bien porque no establezca nada explícitamente y entre en juego el período supletorio del Código civil (cfr. art. 2.1 Cc.);



c) tras el período distinto de veinte días –bien menor, bien mayor– que explícitamente establezca la norma. El legislador no tiene un límite temporal máximo a partir del cual entran en vigor las normas.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que es frecuente que se excepcione el plazo establecido por el artículo 2.1 Cc. de modo que es relativamente habitual que las normas entren en vigor el *mismo día* de la publicación, llegando a convertirse en una cláusula de estilo la siguiente: “la presente norma, entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial...”. Asimismo y aunque es algo infrecuente, cabe precisar que el legislador también puede prorrogar el plazo previamente fijado, siempre que lo haga mediante una norma del mismo rango que aquella cuya entrada en vigor se pretende prorrogar –así ocurrió, p. ej., con la primera edición del Código civil: el Real Decreto de 11 de febrero de 1889 estableció que “se declara prorrogado hasta el 1 de mayo del corriente año el plazo de los sesenta días establecido en la Ley de 11 de mayo de 1888”–.

## **1.2 Derogación y término de vigencia**

### **1.2.1 Introducción**

En principio, las leyes se crean *ad futurum* sin establecerse una fecha temporal de vigencia: las disposiciones normativas son tendencialmente permanentes ya que no tienen un período de vigencia limitado. De todos modos, existen excepciones a esta norma general. Así, hay leyes temporales y normas-medida.

Las leyes temporales son disposiciones normativas que tienen un período de vigencia determinado, de manera que una vez que transcorre dejan de estar en vigor. El artículo 4.2 del Código civil se refiere a ellas como “*leyes*

*de ámbito temporal*”: “*las leyes (..) de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”. A modo de ejemplo, eso es lo que sucede con las Leyes Generales de Presupuestos –se dictan durante un ejercicio económico de vigencia anual– u otras –Real Decreto ley por el que se limita temporalmente el límite de velocidad en el territorio nacional–.

Por su parte, las normas-medida son disposiciones que se dictan en atención a una determinada circunstancia, motivo o situación –*ocassio legis*– de manera que cuando desaparece aquélla dejará de desplegar sus efectos –*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*–: la vigencia de estas normas coyunturales decaerá cuando desaparezca la “coyuntura” –*ocassio legis*– que le daba razón de ser.

### **1.2.2 Tipos de derogación**

Al margen de la excepción señalada –leyes temporales o coyunturales– lo habitual es que la eficacia o vigencia de las leyes cese únicamente por su derogación por una norma posterior –*lex posterior derogat anterior*–. Así lo señala el artículo 2 del Código civil: “*las leyes sólo se derogan por otras posteriores*”. De este modo, una ley estará vigente hasta que no se dicte otra que la contradiga o derogue. Ahora bien, para que tal derogación –y, por tanto, pérdida de vigencia de la norma derogada– se produzca es preciso que:

- a) la norma derogante sea del mismo rango normativo o superior que la derogada;
- b) la norma derogante y la derogada formen parte del mismo ordenamiento;

c) ambas normas se refieran a una misma materia y la regulen de manera divergente o diversa; esto es, que sean incompatibles en cuanto a la regulación material.

De no concurrir tales requisitos no se producirá la sustitución de una norma por otra que conlleva la derogación.

Por lo que atañe a los tipos de derogación, el artículo 2 del Código civil señala lo siguiente: *“La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”*. Del texto transcrito se colige que existen dos clases de derogación:

a) *expresa*: la norma derogante señala de modo explícito las normas a que afecta y que dejan de tener vigor. Lo puede hacer de manera específica cuando establezca las particulares disposiciones afectadas –*norma derogatoria concreta*–, o de manera general indicando que cualquier disposición que se oponga a la nueva regulación queda derogada –*norma derogatoria genérica*–. Evidentemente esta última posibilidad –cómoda para el legislador– puede generar problemas interpretativos para determinar qué normas quedan derogadas por contradecirse con la nueva. En cambio, la norma derogatoria concreta –más trabajosa para el legislador– evita tales problemas interpretativos. Así las cosas, no es infrecuente que tras la enunciación por el legislador de algunas normas concretas que quedan derogadas por la ley de que se trate incluya también, a modo de cláusula de cierre, una norma derogatoria genérica.

Un ejemplo de *norma derogatoria concreta* sería la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya que establece en la disposición derogatoria que *“queda derogada la Ley 76/1980, de 23 de diciembre, por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial”*. En cambio, sería una *norma derogatoria genérica* la contenida en la Ley

26/1984, General para la Defensa de Consumidores, de 19 de julio: *“quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en esta Ley”*.

b) *tácita*: la norma derogante no señala de manera explícita las disposiciones cuya vigencia queda afectada, pero quedarán derogadas todas aquéllas que se contradigan con la nueva disposición; las que regulen el mismo supuesto de modo diverso.

En este ámbito, el Tribunal Supremo ha señalado que para que se produzca derogación tácita es preciso que concurren tres requisitos: igualdad de materia de ambas leyes, identidad de destinatarios, contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas (cfr. SSTs. 31 de octubre de 1996 y 20 de marzo de 2000). La facultad de determinar cuáles son las normas derogadas corresponde a los jueces y tribunales.

### **1.2.3 Alcance de la derogación**

Cuestión diversa a la anterior es la que atañe al alcance de la derogación; esto es, cuánto o qué puede ser derogado. En este punto, tanto la derogación expresa como la tácita pueden tener un alcance total o parcial:

a) derogación total: cuando la ley anterior queda absolutamente privada de efecto y vigencia;

b) derogación parcial: únicamente queda sin vigencia parte de la ley anterior.

La opción por uno u otro sistema es una cuestión técnica y de política legislativa que depende de variados factores: circunstancias, contenidos de ambas leyes, extensión de la ley anterior, etc. Por tal motivo, el artículo 2.2 del Código civil únicamente señala: *“la derogación tendrá el alcance que*

*expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”.*

A lo anterior ha de añadirse también que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial mayoritario, la derogación de una ley alcanza también a las de rango inferior que dependan de la que ha sido derogada, salvo que la ley derogante establezca expresamente lo contrario (cfr. SSTS 10 de mayo de 1980 y 22 de mayo de 1989).

Junto con ello, y tal y como dispone el artículo 2 *in fine* del Código civil, no se producirá la reviviscencia automática de una norma anterior derogada por la que ahora queda sin eficacia. Para ello es preciso que la ley derogante lo establezca expresamente: *“por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado”*. Ahora bien, lo anterior no impide reconocer la posible ultraactividad de la ley derogada; esto es, su habilidad para seguir produciendo algunos efectos una vez derogada respecto de situaciones creadas durante su vigencia.

### **1.3 La irretroactividad de las leyes**

#### **1.3.1 El Derecho transitorio**

Según quedó dicho, las leyes son tendencialmente permanentes hacia el futuro y sólo suelen quedar sin efecto por medio de la derogación, que introduce una nueva ordenación sobre una determinada materia. Pues bien, una de las cuestiones a que ha de responder la norma derogante es sobre si además de aplicarse hacia el futuro, se aplica también hacia el pasado; es decir, si además de regular las situaciones jurídicas nacidas con posterioridad a su publicación ha de regular también –y en qué medida– las producidas con anterioridad; en fin, si cabe reconocer algo de ultraactividad a la norma derogada.

Los problemas originados por la sucesión de leyes en el tiempo suelen resolverse por medio del *Derecho transitorio o intertemporal*. Éste consiste en el conjunto de disposiciones que se pronuncia y trata de solventar las cuestiones relativas al ámbito de aplicación temporal de la nueva ley y a la eficacia que habrá de dársele en relación con la disposición derogada. En efecto, a la vista de que las relaciones jurídicas nacidas bajo la normativa anterior no pueden “desaparecer” –hacer como que nunca hubiesen existido– es preciso que haya unas disposiciones que determinen qué sucede con ellas, cómo le afecta el “tránsito” de una ley a otra.

Dos opciones son las que puede establecer el Derecho transitorio: que la nueva ley discipline todos los supuestos que surjan desde su entrada en vigor así como los efectos no consumados de la anterior –retroactividad–, o que la nueva ley rija sólo los supuestos que surjan desde su entrada en vigor, aplicándose la anterior a los efectos surgidos durante su vigencia temporal y que no se hubiesen consumado –irretroactividad–.

Así las cosas, la retroactividad –que la nueva ley incida en las situaciones o efectos que traen causa de la norma precedente– es más acorde con la pretendida evolución y progreso del ordenamiento jurídico. En efecto, la retroactividad hace que las situaciones jurídicas creadas bajo la legislación anterior hayan de adaptarse a la nueva regulación. En tal sentido, el Tribunal Constitucional reconoce que la interdicción absoluta de la retroactividad “conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas” (cfr. SSTC 8/1982, de 4 de marzo y 126/1987, de 16 de julio).

Por su parte, la irretroactividad –la incapacidad de la nueva normativa de regir situaciones ya reguladas por la anterior que habrán de seguir rigiéndose por ella– dificulta la citada evolución y progreso del Derecho pero es más acorde con la seguridad jurídica. En efecto, los actos realizados bajo una determinada regulación no han de adaptarse a las

nuevas disposiciones sino que siguen rigiéndose por aquélla; en otras palabras, no pueden verse enjuiciados con la ley nueva sino por aquélla bajo la que se generaron.

Un ejemplo de una ley irretroactiva es la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, cuya disposición transitoria establece que *“los contratos celebrados y las ofertas contractuales emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la legislación anterior”*.

### **1.3.2 Grados de retroactividad**

Si el legislador opta por reconocer que una norma tiene capacidad para disciplinar actos o situaciones creadas al amparo de la normativa que deroga, puede establecer diversos grados. En efecto, además de aplicarse a las nuevas situaciones que surjan tras su entrada en vigor, puede matizar a qué actos o efectos anteriores se aplica:

a) *retroactividad en grado mínimo*: la nueva norma se aplica a los efectos que originen las situaciones surgidas bajo la normativa anterior pero que se produzcan tras la entrada en vigor de la nueva ley.

Un ejemplo de ello es la Ley 22/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, que establece en una de sus disposiciones transitorias: *“la presente ley será de aplicación a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones constituidas tras su entrada en vigor, y a todas aquellas en las que el derecho a exigir el interés, en defecto de convenio, nazca o se devengue con posterioridad a su vigencia”*.

b) *retroactividad en grado medio*: la nueva norma se aplica a los efectos que originan las situaciones surgidas bajo la normativa anterior que se

produzcan tras la entrada en vigor de la nueva ley y también a los que se hayan producido con anterioridad pero no se hayan consumado; por tanto: los que se consuman y los que se produzcan tras la entrada en vigor de la nueva ley;

c) *retroactividad en grado máximo*: junto con los supuestos mencionados la nueva norma se aplica también a los efectos ya consumados bajo la ley anterior.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley 30/1981, cuya disposición transitoria segunda establece que *“los hechos que hubiesen tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley producirán los efectos”* de ser causas de nulidad, separación o divorcio.

Un ejemplo ya clásico en esta materia es el del préstamo. Dos personas conciertan un préstamo el 10 de mayo de 2007 durante seis años con un interés anual del 3%. Los primeros años se devenga ese interés que se abona puntualmente. El 12 de mayo de 2010 se publica una ley que fija como tope máximo de interés de los préstamos el 1% que entra en vigor el mismo día de su publicación. Si esta norma establece la retroactividad, además de aplicarse para todos los contratos que se concierten a partir del 12 de mayo de 2010, podrá optar sobre el modo de aplicarse “hacia atrás” señalando el grado que estime conveniente:

a) Si fija el grado mínimo se aplicará el 1% únicamente a los intereses que se devenguen a partir de la entrada en vigor de la ley, por tanto, los de los años cuatro, cinco y seis del contrato.

b) Si fija el grado medio: dicho interés se aplica a los intereses que se devenguen a partir de la entrada en vigor pero también al interés devengado y que todavía no ha sido pagado –el del año tres del contrato–.



c) Si fija el grado máximo: el interés del 1% se aplicará a las situaciones mencionadas y también a los devengados y pagados durante los dos primeros años de contrato, de modo que el prestatario podrá reclamar al prestamista la diferencia pagada entre el nuevo interés (1%) y el abonado conforme a la legislación anterior (3%).

### **1.3.3 Regulación legal de la retroactividad o irretroactividad**

La Constitución Española en el artículo 9.3 garantiza *“la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*. Así pues, a excepción de en tales supuestos, se deja a la decisión del legislador ordinario la opción por la retroactividad o no de las normas y su grado; esto es, la incidencia que tiene la norma que se publica en las situaciones o efectos jurídicos que traen causa de la norma precedente. Para efecuar esta opción, cuya expresión suele contenerse en lo que hemos denominado como Derecho transitorio, el legislador habrá de valorar los beneficios y las consecuencias negativas de cada una de ellas respecto de la situación de que se trate pues no cabe afirmar que la retroactividad es algo negativo en todo caso -p. ej., cuando la nueva norma elimine discriminaciones o rebaje requisitos para obtener determinados beneficios-.

Del precepto constitucional transcrito se colige también que de establecerse la retroactividad en los supuestos de *“disposiciones sancionadoras no favorables”* -aunque sea en grado mínimo- la norma en cuestión será inconstitucional (cfr. STC 27/1981, de 20 de julio).

La expresión *“disposiciones sancionadoras no favorables”* ha de conectarse, de entrada, con lo establecido por el artículo 25 de la propia Constitución: *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.

En coherencia con ello, las normas que sean sancionadoras y no favorables –con independencia de la rama del ordenamiento jurídico donde se contenga la sanción: ámbito penal, administrativo, civil, etc.– serán en todo caso irretroactivas. Cuestión distinta es que se trate de una norma sancionadora pero favorable –p. ej., porque rebaja las penas privativas de libertad–.

Por su parte, y de acuerdo con la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, la expresión “*restrictivas de derechos individuales*” ha de entenderse referida a los derechos fundamentales que se contienen en el Título primero de la Constitución (cfr. STC 27/1981, de 20 de julio, y 42/1986 de 10 de abril).

Así las cosas, ha de señalarse también que el Tribunal Constitucional distingue entre *retroactividad auténtica* –la que hemos denominado en grado máximo– e *impropia* –en grado medio–, y entiende que esta última no constituye retroactividad a efectos del artículo 9.3 CE. (cfr. SSTC 126/1987, de 16 de julio, y 227/1988, de 29 de noviembre). De este modo, la interpretación dada por el TC del citado precepto permitiría su aplicación a situaciones surgidas con anterioridad y que estén en curso pero cuyos efectos no se hayan consumado (cfr. STC 42/1986, de 10 de abril).

Por lo que se refiere al Código civil, en el artículo 2.3 se establece que “*las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*”. Así pues, se señala que el principio general será la irretroactividad de las normas, salvo que se indique lo contrario. Esta indicación en contrario puede realizarse de modo expreso –la norma establece explícitamente que sus disposiciones se aplican a situaciones anteriores, señalando el grado–, o efectuarse de manera tácita –no se hace referencia expresa a la retroactividad pero del sentido de la propia ley o de su espíritu y finalidad se deduce la aplicación “hacia atrás” y el grado de aplicación (cfr. STS 26 de mayo de 1969 y Resolución de la DGRN. 14 de marzo de 1990)–. Siendo

ello así, y como aplicación concreta de la retroactividad tácita, cabe afirmar que las normas aclaratorias, las que suavicen una exigencia anterior por considerarla excesiva, así como las interpretativas están dotadas de eficacia retroactiva (cfr. Resoluciones de la DGRN. 25 de abril de 1988, 25 de noviembre de 2003 y la STS 6 de marzo de 1991).

Una última regla cabe señalar: si, como se ha dicho, en principio ha de estarse por la irretroactividad de la ley (cfr. STS de 28 de noviembre de 1995), cuando haya dudas acerca del grado de retroactividad de una disposición normativa habrá de estarse por el menor grado posible. Esta regla, aunque no contenida expresamente en la ley, ha sido formulada por la jurisprudencia con base a los textos legales. Así, la sentencia de 19 de abril de 1988 entiende que el artículo 2.3 Cc. no permite una interpretación extensiva de la retroactividad a supuestos que no se hallen expresamente contenidos en su mandato. O la sentencia de 13 de julio de 1984 entiende que del citado precepto se colige también que la interpretación de las normas de derecho transitorio se ha de efectuar en sentido restrictivo, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.

#### **1.3.4 Las disposiciones transitorias del Código civil**

Al igual que hacen otras normas, el Código civil reguló en sus trece Disposiciones Transitorias los problemas que se derivaron de su aplicación con respecto a la legislación civil anterior. Habida cuenta de la magnitud del cambio legislativo (cfr. art. 1.976 Cc. *“todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código”*), el Derecho transitorio del Código civil es especialmente amplio. De todos modos, de las trece disposiciones, las contenidas en las disposiciones quinta hasta la undécima han perdido significado tras las primeras décadas de vigencia del Código. En cambio, las disposiciones primera a cuarta y la última tienen plena vigencia y actualidad y regulan problemas de derecho intertemporal que han

adquirido la categoría de *derecho transitorio común* del ordenamiento jurídico -no sólo del Derecho civil-. Su aplicación tiene carácter subsidiario en dos supuestos:

a) cuando la norma en cuestión careza de derecho transitorio propio -bien parcialmente, bien en su totalidad- para resolver los problemas que surjan de la sucesión de tal ley -cuestión que queda en manos de legislador que promulgue la norma-. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada el valor común del Derecho transitorio del Código civil, estableciendo su aplicación analógica (cfr. art. 4.3 Cc., SSTs de 1 de julio de 1988 -Sala 6ª-, 2 de junio de 1989 -Sala 3ª-, 13 de abril de 1989 -Sala 1ª- y también la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 1991);

b) cuando la norma en cuestión remita de manera específica a tales disposiciones transitorias -p. ej., la ya derogada Compilación de Derecho civil de Aragón-.

En lo que se refiere al contenido del Derecho transitorio del Código civil cabe referirse a cinco reglas:

a) se parte del principio del carácter irretroactivo de las variaciones del Código civil que resulten perjudiciales a los derechos adquiridos según la legislación civil anterior;

b) los derechos nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior se regirán por ella (DT. 1ª);

c) los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior surtirán efectos según ella (DT. 2ª);

d) no se aplicarán las normas del Código que sancionen con penalidad civil o privación de derechos los actos u omisiones realizados si carecían de sanción bajo la legislación anterior (DT. 3ª);

e) las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos reconocidos por la legislación anterior, aun cuando se hayan de sujetar a lo establecido en el Código respecto de su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer (DT. 4ª).

Asimismo, la Disposición Transitoria 13ª contiene una norma de cierre que ordena la aplicación de los principios que sirvieron de inspiración para la redacción del Derecho transitorio cuando haya algún supuesto no contemplado específicamente por tales Disposiciones.

## **2. EL TIEMPO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LAS ACCIONES: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD**

### **2.1 Prescripción extintiva y prescripción adquisitiva**

El tiempo incide tanto en el nacimiento como en la extinción de los derechos subjetivos. En tal sentido, la prescripción y la caducidad son dos fenómenos que conceden cierta transcendencia al transcurso del tiempo.

Por lo que a la prescripción se refiere, cabe definirla como “medio de defensa de que puede servirse la persona contra la cual el titular de un derecho subjetivo ejercita una pretensión, cuando ha transcurrido sin interrupción legal el plazo establecido para el ejercicio de dicha pretensión por el ordenamiento y siempre que concurren los demás requisitos que éste exige en cada caso” (DE PABLO). Tal definición hace referencia a la *prescripción extintiva*, esto es, cuando el transcurso del tiempo acarrea la pérdida o decadencia del ejercicio de los derechos –que es la que

estudiaremos aquí-. Con todo, también cabe referir el término prescripción a la *prescripción adquisitiva o usucapión*. En tal caso, el transcurso del tiempo origina el nacimiento o consolidación de un derecho a favor de una persona, siempre y cuando se den una serie de requisitos -aparición jurídica, concepto de dueño o titular del derecho, etc.-.

Tanto la prescripción extintiva como la adquisitiva muestran el diverso efecto que produce el transcurso del tiempo en los derechos: en un caso, es un medio de defensa frente a una pretensión -no es, en sí misma en todo caso, un modo de extinción de los derechos-; en otro, crea o consolida derechos. Asimismo, el ámbito de ambos fenómenos es parcialmente diverso: mientras que la prescripción extintiva afecta a todos los derechos subjetivos -lógicamente no a los que sean imprescriptibles-, la adquisitiva incide únicamente en los que sean susceptibles de posesión -la propiedad y otros derechos reales-. Sin embargo, cuando ambos fenómenos coinciden en el objeto -p. ej., respecto de la propiedad- constituyen “dos caras de una misma moneda”: el transcurso del tiempo supone para el poseedor demandado la adquisición de un derecho por medio de la usucapión, y a la vez, y para el demandante, la prescripción de la acción real que ejercita. En tal caso, la usucapión y la prescripción extintiva vienen a ser “vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos, de un mismo fenómeno jurídico” pues aquélla “lleva ínsita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición del otro” (STS 6 de marzo de 1991).

## **2.2 Presupuestos de la prescripción y objeto**

Para que pueda tener lugar la *prescripción extintiva* es preciso que concurren cuatro presupuestos:

a) que se trate de un derecho prescriptible: si el derecho no es susceptible de prescripción, por el transcurso del tiempo no puede tener lugar aquélla.

En términos generales, los derechos han de considerarse prescriptibles –de manera especial los subjetivos de carácter patrimonial– (cfr. art. 1930.2 Cc.); lo excepcional es, pues, la imprescriptibilidad –p. ej., derechos subjetivos extrapatrimoniales: derechos de la personalidad, etc.–;

b) inactividad por parte del titular del derecho: que no ejercite el derecho de que en cada caso se trate;

c) que transcurra el plazo del tiempo establecido por la ley en cada supuesto;

d) y, finalmente, alegación de la prescripción por parte del beneficiario frente al ejercicio extemporáneo del titular.

Cumplidos tales requisitos se producirá la prescripción. Ahora bien, cabe señalar que la prescripción no tiene un fundamento subjetivo –no descansa en una presunción de abandono del derecho por falta de ejercicio por su titular– sino objetivo –defensa de la seguridad jurídica–. En efecto, la prescripción puede tener lugar aun cuando haya habido ejercicio del derecho por el titular pero por medios inadecuados: no toda falta de ejercicio del derecho es, por tanto, presupuesto de la prescripción. En definitiva, la razón a que responde el fenómeno de la prescripción es la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en el tráfico: que no se perpetúen en el tiempo situaciones de incertidumbre (cfr. STC 147/1986, de 25 de noviembre).

Por lo que se refiere al objeto de la prescripción, el artículo 1930 Cc. se refiere a los “*derechos y las acciones de cualquier clase que sean*”. De la regulación del Código y de la práctica se colige que lo que realmente prescriben son las acciones en el sentido *sustantivo* de pretensiones. Es decir, prescriben las concretas facultades de exigir una conducta frente a otro u otros que nacen de un derecho subjetivo y que tiene su titular. Así, la

prescripción de una de tales pretensiones no conlleva necesariamente la extinción de todo el derecho pues pueden subsistir el resto de pretensiones que nacen de él –las pretensiones nacen del derecho aunque no se identifiquen con él–. A modo de ejemplo, la prescripción de la facultad de exigir que una persona no pase por un terreno no extingue las facultades del titular del terreno para exigir tal conducta respecto de otros. Ahora bien, cuando hayan prescrito todos los poderes derivados del derecho subjetivo sí se extinguirá el derecho –no cabe concebir como existente un derecho carente de acción que lo proteja ya que el derecho subjetivo está protegido por las distintas acciones o pretensiones que de él nacen–. Ello es más fácil que suceda en los derechos de carácter personal por su carácter relativo.

Por otro lado y en lo que respecta al sentido *procesal* del término acción, cabe decir que únicamente prescriben las acciones cuando se consideran de modo concreto –como derecho dirigido al Estado para obtener frente al demandado un acto de tutela jurídica específico– y persiguen la declaración de una prestación debida por el demandado –no si se trata de acciones que buscan la creación o nacimiento de un derecho o posición jurídica–. No prescribe, en cambio, la acción procesal considerada en su dimensión abstracta, esto es, como derecho genérico frente al Estado de promover la actividad jurisdiccional.

### **2.3 Alegabilidad y renuncia de la prescripción**

De lo expuesto se colige que, por medio de la prescripción, la conducta de dar, hacer o no hacer que el titular de un derecho podía exigir e imponer a otro sujeto o sujetos se hace inexigible. En consecuencia, constituye un beneficio para el sujeto obligado pues comprueba que la conducta ya no podrá serle reclamada pudiendo paralizar cualquier intervención exigiéndola. De todos modos, para que este efecto se produzca el ordenamiento exige que el sujeto beneficiado por la prescripción la alegue



frente al titular en caso de que éste pretenda ejercitar el derecho –la invocación por uno de los sujetos que conforme, en su caso, el lado pasivo de la relación jurídica que ha prescrito aprovecha al resto; p. ej., comuneros o deudores solidarios–. Su no alegación produce el efecto de que tal conducta seguirá siendo exigible, aun cuando el ejercicio de la pretensión sea extemporáneo, y aun a pesar de la prescripción. Por tanto, es precisa la alegación por el beneficiado de la prescripción ya que ésta ni opera de manera automática ni es apreciada de oficio por los tribunales (cfr. SSTs 12 de mayo de 2003 ó 9 de julio de 2001, entre muchas otras). Así pues, cabe decir que la prescripción es un medio de defensa que tiene el demandado frente a una acción dirigida por el titular del derecho frente a él, que le permite enervarla o detenerla.

Siendo correcto lo anterior, puede precisarse aun más señalando que la prescripción, más que una excepción procesal, constituye una *excepción material*: puede hacerse valer tanto fuera del proceso –p. ej., ante una reclamación extrajudicial del titular del derecho– como en el proceso mismo, ya sea por vía de acción –para que el titular del derecho reconozca la prescripción– ya por vía de excepción –como medio de oposición frente a la reclamación–.

En coherencia con la necesidad de alegar la prescripción, la ley también autoriza al beneficiado para que renuncie a ella una vez haya vencido el plazo de la prescripción –no antes–. Así, el artículo 1935 Cc. establece que *“las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo”*. La situación derivada de la prescripción constituye un derecho subjetivo autónomo que puede ser objeto de renuncia que, en todo caso, tendrá carácter unilateral. La renuncia puede ser expresa o tácita; *“entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido”* (art. 1935.2 Cc.).

## **2.4 Interrupción del plazo de la prescripción**

Para que pueda ser alegada la prescripción es preciso que transcurra por entero el plazo legalmente establecido de inactividad del titular. Este plazo puede ser interrumpido *“por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”* (art. 1973 Cc.). Por cualquiera de tales medios se interrumpe el plazo de prescripción de manera que éste deja de correr. Si, tras tales reclamaciones, surge de nuevo un período de inactividad no continúa corriendo el plazo anterior: se comienza a computar de nuevo el plazo prescriptivo (cfr. SSTs 6 de marzo de 2003 ó 2 de noviembre de 2005).

La jurisprudencia interpreta de manera amplia las causas de prescripción transcritas. Así, el *“ejercicio ante los Tribunales”* incluye :

- a) la interposición de demanda formal, incluso ante un órgano judicial territorialmente incompetente (cfr. STS 20 de junio de 1994);
- b) la petición o demanda de conciliación aunque no vaya seguida de interposición de la demanda propiamente dicha (cfr. art. 415 LEC.);
- c) la existencia de un procedimiento penal relativo a un hecho que simultáneamente genera responsabilidad civil (cfr. arts. 111 y 114 LECrim.);
- d) la presentación de demanda de justicia gratuita (STS 7 de febrero de 1991);
- e) otros actos procesales que manifiesten la reclamación de un derecho, tales como la solicitud de embargo preventivo, la oposición en juicio

ejecutivo a efectos de uno ulterior declarativo, la petición de la inclusión de créditos en procedimientos concursales, etc.

La “*reclamación extrajudicial del acreedor*” no está sujeta a forma alguna ni exige para su validez el reconocimiento del deudor. Sin embargo ha de ir dirigida al sujeto pasivo y ha de ser recibida por éste, aunque los efectos se producen desde el momento de emisión y no desde la recepción (cfr. STS 24 de diciembre de 1994). Puede incluirse dentro de este modo de interrupción:

- a) la reclamación epistolar o telegráfica (cfr. SSTs 26 de marzo de 2004 y 22 de septiembre de 1984);
- b) cualquier requerimiento notarial;
- c) la contestación a un requerimiento.

En definitiva, “lo importante es que se contradiga la inactividad o pasividad de la parte (...) mediante actividades y síntomas claros de ejercicio de su derecho incompatibles con toda idea de abandono (...)” (STS 4 de octubre de 1985).

En tercer lugar, cabe incluir dentro del “*reconocimiento de la deuda por el deudor*” cualquier conducta que de manera directa o indirecta muestre su conformidad con la existencia de la prestación, ya sean conversaciones sobre la voluntad conservativa de un derecho (STS 10 de febrero de 1986), la constancia de la deuda en la contabilidad de la empresa (STS 26 de junio de 2001), pago de intereses, entrega de cantidades a cuenta, confesión de terceros, etc. Se trata, en cualquier caso, de un acto unilateral que produce consecuencias por sí mismo, sin necesidad de que exista aceptación por la otra parte.

## **2.5 Principales plazos de la prescripción**

La determinación del plazo de prescripción de los diversos derechos ha de efectuarse caso por caso pues hay una notable variedad entre los supuestos existentes. De todas maneras cabe entresacar del Código civil algunos plazos generales de prescripción:

- a) para las acciones personales que no tengan establecido un plazo diverso será de 15 años (art. 1.964 Cc.);
- b) para las acciones para exigir la responsabilidad civil extracontractual el plazo será de 1 año (art. 1.968.2 Cc.);
- c) para las acciones que reclaman el cumplimiento de las obligaciones de pago de salarios y honorarios por servicios profesionales el plazo será de 3 años (art. 1.967 Cc.);
- d) para las acciones que soliciten el cumplimiento de la obligación de pago de pensiones alimenticias, el precio de los arrendamientos o cualquier otro tipo de pago que deba hacerse por años o períodos más breves el plazo será de 5 años (art. 1.966 Cc.);
- e) para las acciones reales sobre bienes inmuebles el plazo será de 30 años (art. 1.963 Cc.) salvo la acción hipotecaria que prescribe a los 20 años (art. 1.964 Cc.);
- f) para las acciones reales sobre bienes muebles el plazo será de 6 años (art. 1.962 Cc.).

En lo relativo al cómputo de tales plazos, el artículo 1.969 Cc. dispone que *“el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en*

*que pudieron ejercitarse*". De todos modos, el Código civil en varios preceptos establece algunas excepciones a tal regla:

- a) el plazo comienza *"desde que lo supo el agraviado"* respecto de las acciones de responsabilidad civil extracontractual (art. 1.968.2 Cc.);
- b) para las acciones por servicios profesionales el plazo se cuenta *"desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios"* (art. 1.967 Cc.);
- c) el plazo de las obligaciones de pago de rentas o intereses comienza desde *"el último pago de la renta o del interés"* (art. 1.970 Cc.);
- d) en las obligaciones determinadas por sentencia judicial el plazo se cuenta desde el momento en que la sentencia es firme (art. 1.971 Cc.);
- e) el plazo para las obligaciones de rendición de cuentas comienza a correr desde que *"cesaron en sus cargos los que debían rendirlas"* (art. 1.972 Cc.).

Como excepción a la regla general relativa al cómputo de los plazos que luego se señalará (art. 5 Cc.), *"el día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad"* (art. 1.960.3 Cc.).

## **2.6 La caducidad**

Junto con el instituto de la prescripción, la doctrina y la jurisprudencia han configurado el de la caducidad que cabría definir como *"la extinción de un derecho por su falta de ejercicio durante un plazo temporal prefijado que no es susceptible de ser interrumpido"*. Esta figura responde a lo inadecuado que resultaría admitir en todos los supuestos la interrupción de

los plazos: se originaría un alargamiento indefinido de las situaciones, y los conflictos jurídicos –los pleitos– nunca terminarían.

En términos generales, y aun cuando en muchos casos la legislación no determina si de un plazo de prescripción o de caducidad se trata, cabe señalar que esta figura ha de entenderse referida a las acciones en sentido *procesal* –no en sentido *sustantivo* como con la prescripción– que tienen carácter constitutivo –no así a las meramente declarativas ni a las de “condena”–. El transcurso del plazo establecido supondrá en todo caso la imposibilidad de ejercicio del derecho por parte de su titular –no cabe, por tanto, el ejercicio extemporáneo– y, consecuentemente, su extinción –se trata de casos donde la acción es el único modo posible de ejercicio del derecho–. Entre otros supuestos, son de caducidad los plazos relativos a:

- a) las acciones de filiación (cfr. STS 10 de febrero de 1997);
- b) las acciones por las que se solicita la rescisión de un negocio jurídico o contrato (cfr. STS 27 de mayo de 2002);
- c) las acciones de retracto legal (cfr. STS 30 de septiembre de 1992);
- d) las acciones de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas o de Juntas de propietarios de casas por pisos (cfr. STS 22 de mayo de 1990 y 26 de junio de 1993);
- e) las acciones de impugnación o reclamación de un estado civil.

No hay, en cambio, unanimidad jurisprudencial en la determinación de si el plazo relativo a las acciones de saneamiento por vicios ocultos y la de anulabilidad recogida por el artículo 1.301 Cc. es de prescripción o de caducidad (cfr. SSTs 23 de mayo de 1991 y 18 de octubre de 2005).

Finalmente, las principales diferencias existentes entre el fenómeno de la prescripción y el de la caducidad se pueden sintetizar como sigue:

- a) los plazos de caducidad no permiten interrupción ni suspensión alguna, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de prescripción;
- b) en términos generales, cabe decir que son más breves los plazos de caducidad que los de prescripción;
- c) cabe declaración judicial de oficio de la caducidad sin necesidad de que haya sido alegada por el beneficiado, no así respecto de la prescripción;
- d) la caducidad de la acción supone siempre la extinción del derecho mismo o de la facultad o poder de modificación jurídica que se actúe con la acción, ya que se trata de supuestos donde no se contempla otra actuación distinta del ejercicio judicial (cfr. STS 2 de junio de 2005).

### **3. CÓMPUTO DEL TIEMPO**

Para la cuenta o cálculo del tiempo y de los plazos, el Código civil establece varias reglas en el artículo 5: *“siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente; y si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera un día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes”*.

De lo transcrito se colige que:

- a) el contenido del artículo 5 Cc. es una regla general de carácter supletorio. Es decir, se aplica cuando no se haya establecido cosa distinta –*“siempre que no se establezca otra cosa”*–, ya sea por el legislador, ya por

los particulares –p. ej., en un contrato–. En el ámbito civil, esta regla general ha sido contradicha por el legislador en varias ocasiones; p. ej., el artículo 315 Cc. establece una regla distinta de la del artículo 5 Cc. respecto del cómputo para la mayoría de edad pues incluye el día del nacimiento;

b) se utiliza un sistema de *cómputo continuo* en el que también cuentan los días inhábiles –como si no fuesen tales–. En otras ramas del ordenamiento – p. ej., el derecho procesal (cfr. art. 133 LEC.) o administrativo (cfr. art. 48 LRJAE y PAC)– “se ha establecido otra cosa” y rige el sistema de *cómputo útil*: no se tienen en cuenta los días inhábiles –domingos y festivos–;

c) el cómputo de fecha a fecha no deroga la exclusión del cómputo del día inicial de tal modo que se garantiza la correspondencia exacta entre fechas –si se pactó el plazo de un mes desde el 2 de octubre, comienza el día 3 pero termina el día 2 de noviembre a las 24.00 horas–.

## **4. EFICACIA ESPACIAL DE LAS NORMAS**

### **4.1 El Derecho internacional privado**

Al igual que es posible hablar de una eficacia de las normas en el tiempo – desde cuándo y hasta cuándo están vigentes– es posible reconocer una dimensión espacial de tal eficacia; esto es, un ámbito territorial donde las normas de un ordenamiento jurídico resultan aplicables. En este punto, lo frecuente es que los Estados soberanos determinen que el Derecho que compone su ordenamiento jurídico se aplique en su territorio nacional. Este modo de proceder no impide que los ciudadanos de los diversos Estados se relacionen entre sí de manera que surgirá el problema de determinar cuál de los ordenamientos relacionados es el que ha de aplicarse.



En efecto si un ciudadano francés compra una casa de campo situada en Italia a un ciudadano suizo que vive en Barcelona, habrá de determinarse qué ordenamiento jurídico disciplina tal venta: el francés, el italiano, el suizo o el español.

En el ordenamiento jurídico español, la Constitución atribuye al Estado central la potestad de establecer las *normas de conflicto*; esto es, las normas que determinan el ordenamiento jurídico aplicable en tales casos. En efecto, el artículo 149.1 CE. dispone que “*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Legislación civil (..). En todo caso, las (..) normas para resolver los conflictos de leyes...*”. Con fundamento en esta competencia, los artículos 8 a 12 del Código civil contienen las “*normas de Derecho internacional privado*” que, básicamente, establecen lo siguiente:

a) la ley personal de las personas físicas –determinada por su nacionalidad– regirá la “*capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y sucesión por causa de muerte*” (art. 9.1 Cc.);

b) se aplicará la ley territorial –la ley del lugar donde se hallen– a los derechos y deberes relativos a la posesión, propiedad y demás derechos reales sobre bienes (cfr. art. 10.1 Cc.);

c) “*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen*” (art. 11.1 Cc.);

d) a las obligaciones contractuales se les aplicará “*la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato*” (art. 10.5 Cc.). Una

excepción lo constituyen las donaciones, pues, éstas “*se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante*” (art. 10.7 Cc.);

e) y, finalmente, se aplicará la ley del lugar donde haya acontecido el hecho del que deriven las obligaciones no contractuales (cfr. art. 10.9 Cc.).

Según se advierte, los artículos transcritos no contienen una regulación material que dé solución al problema que en cada caso se plantee: únicamente señalan cuál es el ordenamiento jurídico donde habrá de buscarse tal solución; son, por tanto, “normas de conflicto”. Siendo ello así, es preciso apuntar también que las citadas normas son con frecuencia desplazadas por los tratados internacionales ratificados por España y por la normativa comunitaria europea.

Junto con lo anterior, el artículo 12 Cc. se refiere también:

a) a la calificación que es necesario realizar para determinar la norma de conflicto que resulta aplicable y establece que se calificará con arreglo a la ley española; asimismo, también dispone que “*los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”.

b) a que la remisión al derecho extranjero es a su ley material sin que se tenga en cuenta el reenvío que puedan hacer sus normas de conflicto a otra ley distinta de la española; en caso de que dentro de dicho Estado coexistan varias legislaciones la determinación de cuál sea la aplicable se hará conforme a la “*legislación de dicho Estado*”;

c) a que no se aplicará en España en ningún caso una normativa extranjera que sea contraria al orden público –concepto indeterminado que es referible a los preceptos recogidos por la Constitución–;

d) a que será conceptualizado como fraude de ley *“la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”*; en tal supuesto, el artículo 6.4 Cc. ordena la aplicación de la ley que se intentó eludir.

## **4.2 El Derecho interregional**

Al igual que se ha de precisar el ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones jurídicas que tengan lugar entre ciudadanos de diversos Estados, es preciso determinar el Derecho que habrá de regir las relaciones jurídicas que se produzcan entre ciudadanos de un mismo Estado en el que coexistan varias legislaciones que resulten aplicables a distintas circunscripciones subestatales. Las normas que se encargan de señalar la legislación que habrá de aplicarse a tales relaciones son las llamadas *“Normas de Derecho Interregional”*. La diferencia esencial con el supuesto anterior en el que existían varios entes soberanos, reside en que, en este caso, hay un ente superior –el Estado central, en España– que es el que disciplina y señala qué ordenamiento es aplicable –si el Derecho estatal o el Derecho regional, y, de existir varios, cuál de ellos–.

En el Código civil, los artículos 13 y siguientes son los que regulan el *“ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional”*. Por lo que al ámbito civil se refiere, el artículo 16 Cc. señala que *“los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán”* según las normas del Derecho internacional privado. Tal aplicación goza, sin embargo, de algunas particularidades: por un lado, *“será ley personal la determinada por la vecindad civil”* –en vez de determinarse por la nacionalidad ya que para todos es la misma: la española–; y, por otro, *“no será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2, y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público”* –no hay en este caso conflicto internacional alguno–.

Así pues, el precepto transcrito establece la “norma de conflicto” que determinará únicamente cuál de los ordenamientos existentes en España será el aplicable –vasco, catalán, gallego, etc.–, para lo cual acude al medio técnico del “punto de conexión”, esto es, la relación con que respecto de un determinado ordenamiento se encuentran las personas, cosas o actos. Algunos puntos de conexión usados por el Código civil son la ley personal – que viene determinada por la vecindad civil (art. 14.1 Cc.)–, el lugar de residencia habitual de los sujetos o el lugar donde se hallan los bienes.

Sea ello como fuere, en cualquier caso la interpretación y aplicación de las normas de Derecho interregional ha de estar presidida por el principio de igualdad de todos los ordenamientos jurídico-civiles coexistentes en España que se deriva de la propia Constitución (cfr. STC 226/1993, de 8 de julio).

## **Bibliografía**

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1996; CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001; CÁRDENAS QUIRÓS, C., “Límite temporal de las normas legales: la cesación de su vigencia”, en VVAA., *Libro-homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Madrid, 1999; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984; DíEZ-PICAZO L., *La derogación de las leyes*, Madrid, Tecnos 1990; DíEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004; DURÁN RIVACOBIA, R., *Derecho Interregional*, Madrid, Dykinson, 1996; GARCÍA VALDECASAS, G., “Sobre el principio de no retroactividad de las leyes”, *Anuario de Derecho civil*, 1966; GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Montecorvo, 1987; LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2000; MAGRO SERVET, V., “La irretroactividad de las normas jurídicas: regla general y excepciones”, *La ley*, 1998-5, D-261; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J., “Una visión de la pérdida de vigor de las normas”, *Actualidad civil*, 1999; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J., “La entrada en vigor de las normas”, *Revista de Derecho Privado*, 1999; OROZCO PARDO, G., *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1995; PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996; RECIO JUÁREZ, M., “La interrupción de la prescripción extintiva”, *La Ley*, 1998-3, D-

122; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso?”, *Revista de Derecho Privado*, 2001; SUÁREZ COLLÍA J. M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991; UREÑA MARTÍNEZ, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1997.

ANTONIO LEGERÉN MOLINA

# **5. LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO. LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LAS PERSONAS FÍSICAS: ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA PERSONALIDAD. CAPACIDAD DE OBRAR. LAS PERSONAS JURÍDICAS**

**INDICE: 1. La persona como sujeto del Derecho; 2. La personalidad jurídica; 3. Las personas físicas: adquisición y pérdida de la personalidad;** 3.1 Distinción entre personas físicas y personas jurídicas; 3.2 Adquisición de la personalidad de las personas físicas; 3.2.1 El nacimiento; 3.2.2 Protección del concebido pero todavía no nacido.; 3.2.3 Los *nondum concepti*; 3.2.4 Los partos múltiples; 3.3 Extinción de la personalidad; 3.3.1 La muerte de las personas. La declaración de fallecimiento; 3.3.2 Efectos jurídicos del fallecimiento; 3.3.3 Conmoriencia y premoriencia; **4. Capacidad de obrar;** 4.1 Definición y características; 4.2 La capacidad de obrar y la capacidad natural; 4.3 Mecanismos para remediar la falta de capacidad natural; 4.4 Diversas situaciones respecto de la capacidad; 4.4.1 Introducción; 4.4.2 La plena capacidad; 4.4.3 La incapacidad de obrar; 4.4.4 La capacidad limitada o restringida: los menores emancipados o los curatelados; 4.4.5 La capacidad de obrar especial; 4.4.6 Una referencia a los menores de edad; **5. Las personas jurídicas;** 5.1 Definición y fundamento de las personas jurídicas; 5.2 Clases de personas jurídicas; 5.3. Adquisición de la personalidad. Capacidad jurídica y de obrar; 5.4. Domicilio y nacionalidad de las personas jurídicas.; 5.5 Las Asociaciones; 5.6 Las fundaciones; **BIBLIOGRAFÍA.**

## **1. La persona como sujeto del Derecho**

Los seres humanos –las personas– son los que conforman la sociedad y los protagonistas de las relaciones de diversa índole que en ella tienen lugar. En consecuencia, cabe decir que la persona es el *sujeto del Derecho*. Y además, la persona es el sujeto del Derecho por antonomasia puesto que el ordenamiento jurídico existe *por y para ella*: existe Derecho porque existen seres humanos que conviven en sociedad y se relacionan, y el Derecho existe al servicio de la persona para colmar la necesidad que tienen los seres humanos de reglamentar u ordenar sus relaciones de acuerdo con un criterio de justicia de la que deriva la juridicidad natural del ser humano. Por tanto, la existencia de las personas constituye un *dato previo* a la sociedad, un *prius* que justifica la construcción de un ordenamiento jurídico que, a su vez, ha de estar orientado a resolver los problemas que surjan en las relaciones que tengan lugar entre las personas. Así, ya desde las Partidas se reconoció que el Derecho existe “*por causa, razón y favor de las personas*”.

A la vez que la persona es sujeto del Derecho también es *sujeto de derechos*: es titular de unos derechos fundamentales que se derivan de su condición de ser humano. Se trata, por tanto, de unos derechos derivados

de la naturaleza de la persona que el ordenamiento jurídico únicamente reconoce, no atribuye. En consecuencia, que la persona sea sujeto de derechos no depende de la atribución de tal cualidad por el ordenamiento jurídico sino que entronca y deriva de la condición misma de persona. Ello no empece para que en determinadas épocas y de manera injusta, a algunas personas –por ejemplo, los esclavos– no se les reconociese la cualidad de ser sujetos de derechos; esto es, se les negaba tal condición en base a circunstancias arbitrarias. Y es que toda persona por el mero hecho de serlo tiene la cualidad de ser sujeto de derechos.

Expuesto lo anterior, el Derecho civil es la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de la persona en sí misma y de sus relaciones. La persona constituye, por tanto, el centro de este sector del ordenamiento jurídico a la vez que se erige en sujeto de las relaciones jurídicas. De todos modos, dentro de lo que se conoce como Derecho civil existe una parte dirigida de manera concreta a regular todo lo relativo a la situación de la persona como tal: el Derecho de la Persona.

## **2. La personalidad jurídica**

La aptitud de la persona de ser sujeto de derechos –esto es, centro de imputación de derechos y deberes desde un punto de vista jurídico– es denominada por la doctrina como la *personalidad jurídica* o *capacidad jurídica*. De manera general, y aun cuando existen matices entre las diversas definiciones elaboradas por los autores, cabe señalar, siguiendo a DE CASTRO, que la capacidad jurídica es la “cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que le afectan”; esto es, la cualidad que tiene todo ser humano que le habilita para ser titular de derechos y obligaciones. O, en palabras de GORDILLO CAÑAS, la “aptitud o idoneidad de la persona para ser sujeto de derechos”. Por tanto, se trata de una cualidad que el Derecho no otorga; únicamente reconoce, o, todo lo



más, regula las condiciones de su ejercicio. En tal sentido, el Derecho ha de reconocer capacidad jurídica a todo ser de la especie humana; la personalidad jurídica del ser humano es, por tanto, innata.

Corolario de lo anterior es que la capacidad jurídica no es graduable: la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos se tiene, en tanto se es persona, o no se tiene. Y es que al igual que el ordenamiento jurídico no atribuye la capacidad jurídica –sólo la reconoce– tampoco puede privar a alguien de ella. Asimismo, al constituir una cualidad que se deriva del hecho mismo de ser humano –la capacidad jurídica acompaña a todas las personas hasta su muerte– no es susceptible ni de disposición –no cabe que por un acto de autonomía de la voluntad se disponga de ella– ni de condicionamiento de ninguna clase. En consecuencia, no puede haber diversas capacidades jurídicas según de qué personas se trate: la capacidad jurídica es una y la misma para todos.

Por otra parte, la doctrina ha examinado desde distintas perspectivas esta aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y ha afirmado que coincide con la personalidad (O'CALLAGHAN) o que es una de sus facetas (ALBALADEJO). Partiendo de la íntima relación existente entre persona y capacidad jurídica, el primero es un concepto filosófico y antropológico mientras que el segundo es eminentemente jurídico; no se trata, por tanto, de términos idénticos. Por ello, lo más adecuado es concebir la capacidad jurídica como la *versión jurídica de la personalidad*; es decir, no coincide con ella sino que es una manifestación que se produce en el ámbito jurídico de la cualidad de ser persona y que, por tanto, a toda persona, por el mero hecho de serlo, se le ha de reconocer.

El planteamiento señalado tiene respaldo normativo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) cuyo artículo primero dispone que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y*

*derechos*". Por su parte, el artículo sexto establece que "*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*". En nuestro ordenamiento, es usual entroncar la capacidad jurídica con la dignidad de la persona contenida en el artículo 10.1 de la Constitución Española, fundamento del orden político y de la paz social.

Siendo ello así, es preciso señalar que la capacidad jurídica -medio necesario para la realización de la persona- es una aptitud abstracta de ser titular de derechos. En efecto, en sí misma, no conlleva la atribución efectiva de un derecho u obligación concreta. A tal tenencia efectiva se le denomina *titularidad*. Así pues, el reconocimiento de capacidad jurídica permite que una persona pueda ser titular de un derecho u obligación y la titularidad hace que efectivamente y, en el caso concreto de que se trate, tenga ese derecho u obligación.

### **3. Las personas físicas: adquisición y pérdida de la personalidad**

#### **3.1 Distinción entre personas físicas y personas jurídicas**

Mientras que en el lenguaje común cabe identificar *persona* con ser humano, en el ámbito jurídico tal identificación no tiene carácter absoluto. Y es que para el Derecho además de los seres humanos hay otros entes, agrupaciones o colectivos a los que se les concede personalidad: junto a los seres humanos existen otros sujetos de derechos; esto es, otros centros de imputación de derechos y obligaciones.

Lo anterior remite a la clásica distinción entre *personas físicas* -seres humanos- y *personas jurídicas* -entes a los que se dota de personalidad-. Así, junto a las personas físicas, el ordenamiento permite a otros entes que actúen en la vida social y jurídica con el mismo protagonismo que tienen los seres humanos y les atribuye personalidad. Para el Derecho también son personas.

La admisión de las personas jurídicas supone una evolución del concepto ordinario al concepto jurídico de persona. Para el Derecho, persona no son los seres humanos sino los *sujetos de derechos* que pueden ser tanto los seres humanos –personas físicas– como esos entes que, sin tener naturaleza humana, son *personificados* por el derecho –personas jurídicas–. La atribución de personalidad a estas entidades responde a una concepción abstracta del Derecho, concebido como entramado de relaciones jurídicas, y se realiza fundamentalmente por razones pragmáticas: facilitar el cumplimiento de determinados fines que suelen exceder la vida y las posibilidades de una persona física.

Ahora bien, que tanto las personas físicas como las jurídicas sean sujetos de derechos para el ordenamiento jurídico –sean personas– no significa que sean equivalentes. En efecto, mientras que los seres humanos son un dato anterior al Derecho, las personas jurídicas son creación de éste. El Derecho reconoce la existencia de las personas físicas por el hecho de serlo mientras que las personas jurídicas son tales sólo porque el Derecho así las admite. En definitiva, en un supuesto reconoce la personalidad jurídica y en otro la atribuye. En consecuencia, mientras que en un caso la personalidad deriva de la dignidad del ser humano, en el otro únicamente deriva de un reconocimiento, siendo variables, por tanto, los criterios para efectuar tal personificación y habiendo también cierta libertad en reconocerlas o no. Junto con lo anterior, y a consecuencia de las diferencias existentes entre las personas físicas y las jurídicas resulta perturbador aplicar a éstas sin las necesarias adaptaciones o modulaciones toda la normativa existente respecto de aquéllas –por ejemplo, los derechos de la personalidad–.

## **3.2 Adquisición de la personalidad de las personas físicas**

### **3.2.1 El nacimiento**

Por lo que a la persona física se refiere, el artículo 29 del Código civil señala que *“el nacimiento determina la personalidad”*. El nacimiento es, pues, el hecho a partir del cual se le reconoce personalidad al sujeto y, por tanto, adquiere capacidad jurídica: el Derecho vincula al nacimiento la consideración de un ser humano como persona.

Tras la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE., nº 175, de 22 de julio de 2011), el artículo 30 del Código civil especifica cuándo se adquiere la personalidad estableciendo que *“en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*. Al margen de que técnicamente la parte inicial del precepto constituya una reiteración de lo establecido por el artículo 29 Cc., el texto de la norma permite colegir dos cosas. Primera: el Código civil determina qué haya de ser nacimiento desde un punto de vista fisiológico y lo configura exigiendo ruptura del cordón umbilical y salida del claustro materno *–“una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”–*. Y segunda: no se incluye únicamente una referencia al nacimiento sino que se exige el cumplimiento de otro requisito cual es que haya verdadera vida *–“nacimiento con vida”–*.

Con esta reforma, la regulación española se adapta al criterio contenido en el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, conforme al cual se reconocen derechos al nacido –por ejemplo, el derecho al nombre (cfr. art. 7.1 del Convenio)– o se permite su inscribibilidad inmediata desde el mismo momento del nacimiento, sin exigirse requisitos adicionales, como pudiera ser el transcurso de un determinado plazo –así las cosas, no ha de olvidarse que, ya antes de la reforma, algunos autores entendían que los requisitos del anterior artículo 30 Cc. habían sido derogados por el citado Convenio–. Qué deba entenderse por vida *–“nacimiento con vida”–* es una cuestión que habrá de interpretarse en clave médico-biológica. En cualquier caso, de acuerdo con el texto actual

se reconocerá a un sujeto como persona si, una vez desprendido del seno materno, tiene vida. Ello, con independencia de que fallezca momentos después y ya sea tal muerte previsible o imprevista. De esta manera, cabe decir, el criterio legalmente establecido se aproxima a la situación real, no siendo preciso cumplir, como hasta ahora, otros requisitos de viabilidad tales como el de vivir enteramente desprendido del seno materno durante veinticuatro horas o tener figura humana para poder reconocer personalidad a un ser humano.

Es cierto que la derogada exigencia de las veinticuatro horas –cuyos antecedentes cabe situar en el Derecho germánico– era un criterio de sencilla comprobación pues se cumplía de manera automática tras el paso del tiempo señalado. Sin embargo, este requisito de *viabilidad legal* generaba ciertas distorsiones: de una parte, se entendía cumplido en los supuestos en que el nacido hubiese sido mantenido artificialmente con vida durante esas horas y hubiese certidumbre de que fallecería posteriormente; y, de otra, no cabía considerar cumplida tal exigencia cuando el nacido en perfectas condiciones falleciese por causas externas antes de dicho plazo –por ejemplo, accidente o delito–. En definitiva, constituía un criterio que no colmaba plenamente la finalidad pretendida: justificar la capacidad de supervivencia del nacido.

De igual manera, con la reforma operada en julio de 2011, se ha eliminado también el segundo requisito que el artículo 30 Cc. exigía: el de la *figura humana*. Exigencia que buena parte de la doctrina interpretaba en clave médico-biológica a efectos de paliar los problemas que se derivaban del ya comentado requisito de las veinticuatro horas. Así entendido, la *figura humana* excluía a los seres humanos con tales deficiencias que le imposibilitasen la vida autónoma sin asistencia médica extraordinaria. De todas maneras, este requisito tampoco resolvía todos los problemas existentes –por ejemplo, cuando el nacido fallecía por causas externas– a la

vez que suponía reconvertir el requisito de la figura humana en un criterio de *viabilidad natural* –expresamente excluido por el legislador al incluir el de *viabilidad legal* del plazo de 24 horas–. Por ello, un grupo de autores ha venido defendiendo que el requisito de la *figura humana* debía entenderse como “perteneciente a la especie humana”, al ser más acorde con la dignidad de la persona, de manera que todo ser humano que naciese vivo –al margen de la apariencia o defectos internos– cumpliría este requisito. Esta interpretación conllevaba restar sustantividad al requisito de la *figura humana* –sobre la base de que constituía “poco más que un residuo histórico”– a la vez que suponía realizar una actualización de dicha exigencia a la realidad social.

Pues bien, según se advierte, la actual regulación introducida por la Ley del Registro civil de 22 de julio de 2011, incorpora al texto legal esta última corriente doctrinal, de forma que todo ser humano que nazca vivo y lo esté tras el desprendimiento total del seno materno será reconocido como persona a efectos jurídicos. Ello, al margen de que se le mantenga artificialmente con vida durante un tiempo por tener tales deficiencias que conllevarán su fallecimiento, o de que fallezca por causas externas. Así las cosas, cumplidos los requisitos recogidos por el artículo 30 Cc., la personalidad se adquiere desde el momento mismo del nacimiento, al no ser necesario, como hasta ahora sucedía, el transcurso de un plazo para el reconocimiento de la personalidad –el transcurso sólo constituía una *condicio iuris*, de manera que se tenía personalidad desde el nacimiento aun cuando hubiese de esperarse veinticuatro horas para su reconocimiento de manera retroactiva–.

Por último, ha de señalarse que con la actual redacción del artículo 30 Cc. también se ha eliminado la especificación de que los requisitos exigidos eran para el reconocimiento del nacimiento “a efectos civiles”. De acuerdo con la nueva redacción, se considera persona al nacido a todos los efectos

desde el momento en que nace, ya sean éstos civiles o no, y tengan o no contenido patrimonial. En consecuencia, al nacido se le reconoce titular de los derechos fundamentales y acreedor de la protección penal desde el momento del nacimiento, así como sujeto de relaciones jurídico-privadas – filiación, parentesco– o de derechos subjetivos privados de contenido patrimonial, sin necesidad –como antaño– de que estuviesen directamente ligados con la protección de su persona –derecho de alimentos–.

### **3.2.2 Protección del concebido pero todavía no nacido**

El Código civil también concede protección al concebido pero todavía no nacido; esto es, al *nasciturus* –el que nacerá–. Así, el artículo 29 Cc. señala que *“el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”* –las ya conocidas de que haya vida una vez enteramente desprendido del claustro materno–.

Del texto del artículo 29 Cc. se colige que la protección en él contenida constituye una excepción al principio general de que la personalidad se adquiere con el nacimiento. El Derecho reconoce la existencia del concebido –de todo concebido– y le atribuye consecuencias jurídicas importantes –le tiene por nacido para todos los efectos favorables–: le reserva ciertos beneficios o efectos favorables para cuando nazca –no se los atribuye de presente–.

El origen de este precepto cabe situarlo en el Derecho Romano. Entonces se entendía injusto que el hijo póstumo no pudiese heredar a su padre al no estar vivo en el momento del fallecimiento de aquél. Para remediar tal injusticia se entendía que el hijo concebido podía heredar al considerársele como si ya hubiese nacido en el momento del fallecimiento.

La indicada protección se ha ido extendiendo y actualmente el Código civil tiene por nacido al concebido *“para todos los efectos que le sean favorables”*. Dentro de tales efectos se incluyen fundamentalmente los de ámbito patrimonial pero también los de ámbito personal (cfr. Resolución de la DGRN 12 de julio de 1993).

Por lo que se refiere a los efectos patrimoniales, cabe incluir:

- a) los derechos sucesorios: no se le atribuyen de presente los derechos sucesorios al concebido sino que se paraliza la sucesión de la que puede ser beneficiario hasta que se determinen de manera definitiva quiénes son los herederos;
- b) las donaciones efectuadas a favor del concebido: ante la imposibilidad de que éste las acepte, las aceptarán por él *“las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”* (art. 627 Cc.);
- c) el derecho a ser indemnizado por los daños originados durante el período de gestación en los bienes que le correspondan, en su situación familiar o en su persona (cfr. arts. 1902, 1905, 1907 y 1908 Cc.; en el Código Penal se recoge un específico delito de lesiones al feto, cfr. arts. 157 y 158 CP. y también el art. 116 CP.);
- d) los seguros: los concebidos pueden ser beneficiarios de un seguro.

Y en lo atinente a los efectos personales cabe referirse al reconocimiento de su filiación, la adquisición de la nacionalidad (cfr. Res. de la DGRN 31 de marzo de 1992), a sus derechos de la personalidad –tanto en el sentido de que el ordenamiento jurídico reaccione paralizando las agresiones a ellos como en el de generar un derecho a ser indemnizado a causa de tales ataques– o, en fin, a la habilidad para ser parte procesal (cfr. 6.1.2º LEC.)

Por otra parte, el Código civil sólo le atribuye los efectos que quepa calificar como *directamente favorables* para el concebido –no para un tercero ni



favorables de manera indirecta-, habiéndose de hacer una valoración general sobre carácter favorable o desfavorable de tales efectos. Así, una vez declarado como favorables unos efectos no cabe eludir lo que en ellos pueda haber de perjudicial –por ejemplo, si globalmente una herencia es favorable no cabría eludir las deudas que contuviese-. En tal sentido, son generalmente admitidos como favorables las herencias o las donaciones; no así los contratos que, en principio, han de estimarse desfavorables.

Según se deduce de lo expuesto, los efectos favorables señalados se “paralizan” durante la gestación hasta el momento en que el concebido nazca con los requisitos del artículo 30 Cc. o haya certidumbre de que no nacerá. Durante ese tiempo el ordenamiento jurídico toma las medidas oportunas para garantizar la pervivencia de tales efectos. Y una vez haya nacido con los requisitos de la figura humana y la viabilidad legal, se produce una *ficción de personalidad*: se atribuye personalidad al nacido desde el momento en que se produjesen los efectos de que en cada caso se trate al objeto de permitir su adquisición; se le tiene por nacido desde el momento de producción de efectos.

Para la prueba del momento de la concepción se entiende aplicable el plazo establecido en el artículo 116 Cc. respecto de la determinación de la filiación matrimonial: en los trescientos días anteriores al nacimiento. Ello salvo que haya prueba en contrario que demuestre que no estaba concebido en dicho momento.

### **3.2.3 Los *nondum concepti***

Con esta expresión latina se hace referencia a las personas que aun no estando concebidas pueden llegar a nacer en un futuro. Lo que protege el Código civil en este caso no es a un ser humano –que todavía no existe– sino la libertad testamentaria o contractual del disponente (DORAL). Por ello,

los *nondum concepti* no son titulares de ninguna posición jurídica o derecho subjetivo concreto. El ordenamiento jurídico sólo realiza una reserva de derechos a su favor: establece mecanismos que permiten la atribución de derechos, bien *inter vivos* –contratos a favor de tercero o donaciones con cláusula de reversión (art. 641,1 Cc.)– bien *mortis causa* –sustituciones fideicomisarias (art. 781 Cc.) o institución de heredero condicional (STS 4 de febrero de 1970)–.

### **3.2.4 Los partos múltiples**

De acuerdo con el artículo 31 del Código civil, “*la prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la Ley reconozca al primogénito*”. Este precepto –aplicable también a los supuestos de partos múltiples– establece en tal caso quién ha de considerarse mayor: el que nazca antes. Para su determinación es preciso señalar la hora exacta de nacimiento de cada uno y, de no conocerse, “*constará la prioridad entre ellos o que no ha podido determinarse*” (art. 170 RRc.).

De todos modos, se debe apuntar que son pocos los supuestos en nuestro ordenamiento donde la *primogenitura* tiene trascendencia jurídica como causa de atribución de derechos: en la sucesión a la Corona (cfr. art. 57.1 CE.) o de títulos nobiliarios (cfr. art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948), a efectos de la representación del ausente (cfr. art. 184.2 Cc.), y en todos los supuestos en que fruto de la autonomía de la voluntad se haga referencia “al mayor de los hermanos”.

## **3.3 Extinción de la personalidad**

### **3.3.1 La muerte de las personas. La declaración de fallecimiento**

En el Código civil únicamente existe una causa que extingue la personalidad: la muerte de las personas. Así, el artículo 32 Cc. dispone que *“la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”*. Qué sea la muerte o cuándo cabe declararla es una cuestión que habrá de dilucidar la medicina. En efecto, el concepto “muerte” a que se refiere el Código civil es un concepto que ha de entenderse en sentido médico o biológico pero no legal –no cabe la muerte “legal” que existía en otras épocas al resultar contraria a la dignidad de la persona (cfr. art. 10 CE.)–. Siendo ello así, la legislación relativa a transplantes de órganos hace referencia a tres criterios para determinar cuándo se produce el fallecimiento, en tal caso, del donante: la irreversibilidad “de las lesiones cerebrales”, “de las funciones cardiorrespiratorias” o “de las funciones encefálicas”.

Ahora bien, la falta de noticias o la desaparición de una persona que se prolonga en el tiempo puede dar lugar a que surja la *presunción de su fallecimiento*; por ejemplo, cuando, no se tienen noticias durante un tiempo prudencial (cfr. arts. 183 y 193 Cc.), o cuando tal persona haya participado en campañas bélicas, haya padecido un naufragio o accidente aéreo (cfr. art. 194 Cc.). En tales casos, y cumplidos determinados requisitos, cabe instar una declaración de fallecimiento de tal persona: no hay certeza de la muerte pero resulta casi segura desde un punto de vista biológico. Tal declaración de fallecimiento implica dotar de certeza legal el presunto fallecimiento. La conveniencia de su solicitud reside en que la incógnita del paradero o de la existencia de tal persona no puede mantenerse de manera indefinida pues afecta a las relaciones jurídicas de que era titular y que atañen a terceros.

El medio ordinario para probar el fallecimiento de las personas es la inscripción de tal hecho en el Registro civil. Y es que, de acuerdo con el artículo 81 LRC., la inscripción *“hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece”*. Además de constar tales extremos es

precisa una certificación médica del facultativo donde se apunten las “*señales inequívocas de muerte*” (art. 85 LRc. y 274 RRc.), indicando además la causa del fallecimiento –causa que no se inscribe en el Registro civil–. La inscripción se realiza a instancia de las personas que la ley especifica (cfr. art. 82 LRc.) y ha de formularse de manera inmediata al fallecimiento (cfr. art. 273 RRc.). De manera excepcional es posible inscribir el fallecimiento cuando el cadáver ha desaparecido o ha sido enterrado antes de la inscripción (cfr. art. 86 LRc.)

### **3.3.2 Efectos jurídicos del fallecimiento**

Según señala DELGADO ECHEVERRÍA, con el fallecimiento de una persona física “desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad”. Siendo ello así, de manera más específica cabe destacar tres efectos que se derivan de la muerte:

1. Desaparece la personalidad del sujeto de modo que las relaciones jurídicas a él anudadas o bien se extinguen –las que tengan carácter personalísimo: p. ej, el arrendamiento de obra realizado en atención a la persona (art. 1.595 Cc.) o el contrato de mandato (art. 1.732.3 Cc.)– o bien se abre la sucesión sobre las que no se extingan –las que tengan carácter transmisible: p. ej., los derechos patrimoniales–. La regla general suele ser la transmisibilidad de las relaciones.
2. El cuerpo de la persona se convierte en cadáver: deja de ser persona y se convierte en objeto; eso sí, con una regulación peculiar de carácter protector por respeto a la *pietas* familiar y también por el hecho de que en el cadáver se respeta la dignidad de la persona fallecida. En tal sentido:
  - a) el cadáver es extrapatrimonial y está fuera de las cosas del comercio (art. 1.252 Cc.) de modo que no cabe disponer de él ni de sus partes ni incluirlo como objeto en negocios jurídicos;

b) la determinación del momento en que acaece la muerte constituye una cuestión de suma importancia a efectos de transplantes de órganos. Y es que no es posible proceder a la extracción de órganos, piezas anatómicas o tejidos hasta que se haya comprobado el fallecimiento (cfr. art. 5.1 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Transplante de Órganos; art. 10 RD. 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos; y arts. 8.1 y 4 RD. 1301/2006, de 10 de noviembre, sobre actividades relativas a la utilización de células y tejidos humanos).

3. Se respeta la personalidad pretérita del fallecido. En efecto, a pesar de haberse extinguido la persona, su personalidad se proyecta con efectos jurídicos más allá de su existencia. En concreto,

a) se ha de dar cumplimiento a la voluntad que haya establecido sobre el destino de sus bienes y de su cuerpo más allá de su muerte –respetando siempre los límites establecidos por la ley–;

b) se protegen algunos derechos de la personalidad tras la muerte: los más relacionados con la estimación personal y social del fallecido. Y es que en determinados casos el interés que dio lugar al derecho subjetivo subsiste tras la muerte de aquél, pasando, por tal motivo, al sucesor a fin de “proteger la personalidad pretérita del mismo”. En concreto,

- cabe ejercitar acciones de protección del honor, intimidad o imagen del fallecido (cfr. arts. 4 y 5 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar),

- puede ejercitarse el derecho de rectificación por los herederos del fallecido sobre informaciones erróneas sobre aquél (cfr. art. 1 LO 2/1984, de 26 de marzo, del derecho de rectificación),

- se protege el derecho moral de autor del fallecido –p. ej., reconocimiento de su autoría y respeto a la integridad de la obra– (cfr. arts. 15 y 16 RD. del Texto Refundido aprobado por RD. Legislativo 1/1996, de 12 de abril), o, en fin,

- cabe ejercitar las acciones de filiación (cfr. arts. 132, 133, 136, y 141 Cc.).

### **3.3.3 Conmoriencia y premoriencia**

El artículo 33 del Código civil señala que *“si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de pruebas, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”*.

Con este precepto, el Código civil pretende dar respuesta a los supuestos en que fallecen dos o más personas de manera simultánea y no se puede determinar el orden del fallecimiento y, en consecuencia, el orden de sucesión entre ellos. La regulación del precepto transcrito rompe con criterios tradicionales –existentes ya en el Derecho romano– constituidos por presunciones basadas en la mayor o menor fortaleza de los conmorientes –si fallecían marido y mujer se presumía que ésta fallecía antes; si fallecían hijo púber y su padre, se presumía fallecido éste antes–.

Actualmente, el Código civil opta por una regla de no transmisión de derechos cuando se duda del orden cronológico y no resulta posible establecer el orden de fallecimientos; con todo, cualquiera puede probar tal orden de fallecimientos determinando entonces la sucesión de derechos.

Junto con ello, y a pesar de la dicción literal, se entiende aplicable el precepto aun cuando las personas fallezcan en distinto lugar y por distinta causa pero en el mismo momento –no es preciso que sea en el mismo siniestro; p. ej., automovilístico o aéreo– y aun cuando no sean herederos en sentido estricto uno de otro –basta con que uno pueda recibir derechos del otro; p. ej., un legado–.

## **4. Capacidad de obrar**

### **4.1 Definición y características**

Si anteriormente apuntamos que la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos, la *capacidad de obrar* es la aptitud para poder ejercitarlos; o, en términos de BERCOVITZ, es la “aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos”. Vendría a ser, por decirlo de alguna manera, la *dimensión dinámica* de la capacidad jurídica.

En el ejercicio dinámico de la aptitud abstracta para ser titular de derechos sí pueden existir limitaciones, a diferencia de lo que sucedía respecto de la capacidad jurídica “estáticamente considerada”. En consecuencia, la capacidad de obrar no goza de la característica de la invariabilidad. Antes al contrario, de la capacidad de obrar cabe predicar las características de la contingencia –se puede tener y se puede perder– y la variabilidad –hay diversos grados de capacidad–.

### **4.2 La capacidad de obrar y la capacidad natural**

La atribución de la capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico está relacionada de manera indirecta con la llamada *capacidad natural*; esto es, la capacidad de entender y querer el acto que se realiza: conocer de qué acto se trata –que se discierna el alcance del acto y se comprendan las consecuencias que produce– así como quererlo libre y voluntariamente –que la decisión de realizarlo sea tomada de manera libre, sin condicionamientos ni perturbaciones internas o externas–. Lógicamente, una persona que tenga tal capacidad natural parece que podrá, en principio, cuidar de su persona y sus bienes.

Lo anterior es así pues si la atribución de la capacidad de obrar dependiese de manera directa de la *capacidad natural* de entender y querer el acto –lo que conllevaría su determinación tras la comprobación de que concurre en

cada caso- supondría una paralización del tráfico jurídico -piénsese si para cada compraventa fuese preciso examinar si comprador y vendedor tienen un nivel suficiente de conocimiento del acto y lo quieren-. Por tal motivo, el legislador ha vinculado la capacidad general de obrar con dos estándares de carácter objetivo y fácilmente comprobables que permiten presumir la existencia de tal *capacidad natural*: la edad y la ausencia de incapacitación. Esto es, aun cuando “la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona” (DE CASTRO), el legislador presume que a partir de la mayoría de edad una persona es capaz de obrar de manera general (cfr. art. 322 Cc.), siempre y cuando no haya una declaración de incapacitación -que judicialmente se declare la ausencia de capacidad (art. 199 Cc.)-. De este modo, el legislador ha sustituido un criterio de cualidad -la *capacidad natural*- por uno cuantitativo -el cumplimiento de años-: se ha fijado la plena capacidad de obrar en los 18 años pues tal mayoría de edad permite presumir que se habrá llegado entonces a un desarrollo físico y psíquico que permita los mínimos necesarios para entender que existe *capacidad natural*. Algo parecido sucede respecto de la ausencia de incapacitación: salvo que un juez establezca lo contrario ha de presumirse la capacidad de la persona. Así pues, cuando se reúnan ambos requisitos se tendrá la aptitud para actuar válidamente en la vida jurídica.

De todos modos es preciso reseñar dos cuestiones. Primera: en las últimas reformas legislativas se ha debilitado la correspondencia señalada entre capacidad general de obrar y la edad o la ausencia de incapacitación. Y consecuentemente -segunda cuestión-: la capacidad de obrar se vincula también a la existencia de capacidad natural *in actu*.

Por lo que se refiere a la primera cuestión se advierte que tras las últimas reformas legislativas y respecto de la edad, cada vez son más los supuestos en los que se ha de atender directa y específicamente a la



*capacidad natural* de entender y querer que poseen los menores para permitirles o no realizar determinados actos: a modo de ejemplo, “*si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*” (cfr. arts. 154.3 y 162.2.1 Cc.; o arts. 7, 8 y 9 LOPJM.). Esto es, junto con el criterio general de presumir tal capacidad a partir de la mayoría de edad, se reconoce también capacidad para realizar determinados actos –no de manera general– a los que, no alcanzando tal edad, tienen juicio suficiente para el acto de que se trate. Y, de otro lado, en lo atinente a la incapacitación, el debilitamiento de la vinculación entre su ausencia y la capacidad de obrar, se debe a que cada vez son más frecuentes las sentencias que únicamente declaran incapaz al sujeto respecto de una serie de actos y no de manera general (cfr. arts. 222 y 287 Cc. y art. 760.1 LEC.). Es decir, se intenta precisar al máximo qué actos puede o no realizar el sujeto en función de sus circunstancias personales. Se intenta ajustar la declaración de incapacitación únicamente a aquellos actos para los que el sujeto carece realmente de capacidad.

Señalado que, de manera general, en nuestro ordenamiento jurídico se tiene capacidad de obrar plena en función de la edad –a partir de la mayoría de edad– y de la ausencia de incapacitación, en segundo lugar, es preciso referirse a la capacidad de querer y conocer el acto en concreto por las consecuencias que puede tener respecto de su validez y eficacia. Es decir, es posible que la disposición física o psíquica concreta para un determinado acto lo haga nulo o anulable por falta de conocimiento o voluntad suficiente. Aun partiendo de la base de ser una persona con plena capacidad de obrar en abstracto es preciso que tenga capacidad natural en el acto concreto de que se trate pues, de lo contrario, no será válido. A modo de ejemplo, un mayor de edad –con, en principio, plena capacidad de obrar– puede no realizar una compraventa válida –nula o anulable– si su disposición física o psíquica al realizar tal acto en concreto –ya sea de manera esporádica o temporal– impiden que tenga suficiente conocimiento

del acto o voluntad de realizarlo. Ello puede deberse, por ejemplo, por estar bajo la influencia del alcohol o las drogas. En principio tiene capacidad de obrar general pero su estado en ese acto en concreto le impide ejercitarlo válidamente.

A modo de resumen de estas cuestiones cabe apuntar con DELGADO ECHEVARRÍA que “la capacidad de obrar real constituye la suma de la capacidad de obrar abstracta y la disposición psíquica concreta”. Es por ello que un acto puede no ser válido bien porque siendo el sujeto plenamente capaz de obrar no tuviese capacidad de entender y querer en ese momento en cuestión -p. ej., por estar borracho- o bien porque el sujeto no tiene capacidad de obrar plena -p. ej., un menor de edad- (cfr. SSTs 17 de marzo de 1961 ó 27 de marzo de 1963, entre muchas otras).

### **4.3 Mecanismos para remediar la falta de capacidad**

Cuando una persona no puede cuidar por sí misma de su persona o bienes por carecer de capacidad de obrar el ordenamiento jurídico pone a su disposición diversos mecanismos para suplir tales carencias de manera que puedan realizar actos jurídicos válidos, ya sean de contenido económico, ya de contenido más personal. Y es que de no contar con este complemento de capacidad tales personas carecerían de la capacidad necesaria para realizar los indicados actos; se imposibilitaría el normal funcionamiento de tales personas en el mundo jurídico.

Entre estos mecanismos hay unos que se dirigen a la sustitución del sujeto para la realización de tales actos -el incapaz no puede actuar por sí mismo; otro lo hace por él y en su beneficio- mientras que otros únicamente complementan la carencia de capacidad -el incapaz actúa por sí mismo pero no por sí sólo-. En cambio, cuando de persona con plena capacidad se trata, actúa por sí mismo y por sí solo.

## **4.4 Diversas situaciones respecto de la capacidad**

### **4.4.1 Introducción**

Las variabilidad y la contingencia atrás señaladas, permiten distinguir cuatro grados de capacidad de obrar establecidos de acuerdo con unos estándares basados en las circunstancias subjetivas de las personas y en su estado civil y que a continuación se examinan: la plena capacidad, la incapacidad de obrar, la capacidad restringida o limitada y la capacidad especial (O'CALLAGHAN). Junto con tales grados cabe referirse a un quinto: la situación de los menores de edad –materia que también se aborda en este apartado–.

Siendo ello así, no ha de olvidarse que en el ordenamiento jurídico existe una presunción a favor de la capacidad de modo que se le reconoce a toda persona salvo que se demuestre lo contrario (SSTS 19 de mayo de 1988, 28 de junio de 1990, 31 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1996). En igual sentido constituye también una línea jurisprudencial nítida la de que las restricciones a la capacidad de obrar han de interpretarse de modo restrictivo. Lo anterior no empece reconocer que existen prohibiciones legales que limitan la capacidad de obrar para determinados actos con la intención de salvaguardar los intereses de terceros.

### **4.4.2 La plena capacidad**

En el ordenamiento jurídico español se adquiere la plena capacidad una vez se cumplen los 18 años tal y como dispone el artículo 315 Cc. –“*la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos*”–; precepto redactado por la Ley 11/1981 para adaptarlo al contenido del artículo 12 CE. A efectos del cómputo de los “*años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento*” (art. 315 Cc.). Tal mayoría de edad se produce de manera

automática y sin necesidad de contar con la voluntad del sujeto. Asimismo, tampoco es preciso ningún acto formal declarativo para alcanzar la mayoría de edad.

Las principales consecuencias de la mayoría de edad son dos. En primer lugar, y como establece el artículo 322 Cc. *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*. En efecto, la mayoría de edad determina la plena capacidad de obrar en todos los sectores del Derecho –a pesar de la dicción del precepto *“para todos los actos de la vida civil”*–. Y la segunda consecuencia de la mayoría de edad es que, salvo en el caso del menor de edad incapacitado (art. 201 Cc.), se produce la salida de la institución de protección a que estaba sometido el menor hasta ese momento: patria potestad, asistencia paterna, tutela o curatela.

#### **4.4.3 La incapacidad de obrar**

La imposibilidad de ejercitar válidamente los derechos y obligaciones en el ámbito jurídico puede tener lugar en dos supuestos: la falta de capacidad natural para realizar el acto de que en concreto se trate y la declaración judicial de la falta de capacidad.

En el primer caso y según hemos avanzado, es posible que se trate de una persona con plena capacidad de obrar. Sin embargo, si las circunstancias psíquicas en que se encuentra eliminan la capacidad de entender y querer –lo que hemos denominado *capacidad natural*– el acto que realizan no será válido: le faltará capacidad de obrar. La razón reside, como quedó dicho, en que la capacidad real de obrar depende no sólo de la capacidad general de obrar –o la capacidad de obrar en abstracto– sino también de la disposición psíquica concreta. En el caso apuntado se tendrá capacidad pero la imposibilidad de conocer o consentir harán que el sujeto sea incapaz.

Junto con tal incapacidade –derivada de la falta de capacidade natural antes que de una imposibilidade xeral de obrar– baixo o epígrafe de “incapacidade de obrar” cabe referirse tamén a la incapacitación. Isto é, al procedemento xudicial por el que mediante sentenza se declara que una persoa carece de capacidade. En tal suposto, la imposibilidade de actuar válidamente deriva de tal declaración –se reconece la falta de la capacidade de obrar en abstracto– antes que de la disposición psíquica concreta –de la que tamén podería derivarse–.

La declaración de incapacitación primariamente se concibe como un medio de protección para permitir la actuación en la vida jurídica de las personas que carecen de la plena capacidad. Ello no obstante supone también reconocer que la persona carece de plena capacidad de obrar, motivo que justifica que necesite complementos para poder actuar con capacidad plena en la vida jurídica. Ahora bien, lo que ha de retenerse es que ante todo la finalidad de esta institución estriba en proteger a estas personas para evitar que se vean perjudicadas por actuaciones desconsideradas o perjudiciales a consecuencia de malas influencias o erróneas percepciones.

Siendo ello así y como señala el artículo 199 Cc. *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*. Para poder declarar la incapacitación de una persoa é preciso que concurren tres requisitos: que se trate de *“enfermedades o deficiencias (..) de carácter físico o psíquico”*, que sean persistentes y que impidan al sujeto *“gobernarse por sí mismo”*. Dicho lo anterior, es preciso resaltar que la falta de autogobierno es el elemento clave en la incapacitación: una enfermidade psíquica o física de carácter persistente no dará lugar a la incapacitación si no origina incapacidade de autogobierno, isto é, la falta de autosuficiencia y de capacidade de tomar decisións en la vida diaria.

El procedimiento a seguir para declarar incapacitada a una persona está regulado en los artículos 756 a 763 de la LEC. y se trata de un proceso con las máximas garantías. La razón de ello hay que buscarla en la trascendencia de la declaración de incapacitación –la sentencia que incapacita elimina la presunción de que el mayor de edad es plenamente capaz y modifica su estado civil– y en que en el procedimiento se ventilan materias que afectan a lo más específico de las personas: su capacidad de obrar. El procedimiento se sustancia por los trámites de un juicio verbal aunque con ciertas peculiaridades respecto de la demanda, contestación, competencia, legitimación, prueba y sentencia. En lo que ahora interesa es preciso indicar tres cuestiones.

Primera: el juez exige la demostración de la incapacidad de la persona de gobernarse por sí misma (cfr. arts. 752 y 759 LEC.), no siendo suficiente basarse en presunciones o intuiciones. Por ello, a lo largo del procedimiento se exigen unas pruebas periciales y audiencias preceptivas –audiencias de parientes e informes médicos– que acrediten de manera fehaciente la capacidad que tiene la persona en cuestión (cfr. art. 759 LEC.).

Segunda: el juez, en la sentencia, determinará la extensión y límites de la incapacitación (art. 760 LEC.); esto es, el grado de incapacidad del sujeto. La consecuencia de lo anterior es que el complemento de capacidad se fijará en atención a las circunstancias concretas y específicas de la persona de que en cada caso se trate.

Y tercera: el juez ejerce un control y fiscaliza el ejercicio del mecanismo de protección que en cada supuesto se establezca (cfr. arts. 158 y 216 Cc., entre otros).

#### **4.4.4 La capacidad limitada o restringida: los menores emancipados o los curatelados**

La capacidad limitada hace referencia a los supuestos en que se carece de capacidad de obrar en plenitud. Ello puede venir determinado por una disposición de la ley –tal es el caso de los menores emancipados– o por una disposición judicial –se reconoce la capacidad limitada–.

Estos supuestos constituyen casos intermedios entre la plena capacidad de obrar y la incapacidad a la que hemos hecho referencia en el supuesto anterior. Y es que ni se tiene toda la capacidad de modo que se pueda actuar por uno mismo, ni se carece totalmente de capacidad de manera que un representante legal haya de actuar en sustitución de uno. Son supuestos donde hay capacidad pero al no ser plena es preciso se que complete. Se puede actuar por uno mismo pero no por sí sólo: es preciso un complemento de capacidad.

En el caso de los menores emancipados, el Código civil dispone en el artículo 323 que *“la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”*. De todos modos, el propio precepto reconoce la falta de plenitud de tal capacidad al señalar que *“pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objeto de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”*. Así pues, capacidad limitada pero completable respecto de ciertos actos de especial trascendencia hasta alcanzar la plenitud de capacidad.

La emancipación, dispone el artículo 314 Cc., tiene lugar *“por la mayor edad, por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial”*. Asimismo, también tiene lugar la emancipación por vida independiente. Así, el artículo 319 Cc. establece que

*“se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”.*

También son supuestos de capacidad de obrar limitada o completable aquéllos en que por declaración judicial se establece el mecanismo de la curatela. El juez, en la sentencia, reconoce la falta de capacidad de obrar plena del sujeto pero no reconoce su incapacidad absoluta de manera que en vez de nombrar un tutor que sustituya al sujeto nombrará a un curador para que complete los actos del curatelado que se señalen: la curatela *“tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido* (art. 289 Cc.). Estos actos pueden referirse tanto al ámbito patrimonial (cfr. art. 287 Cc.) como al personal –p. ej., las llamadas *curatelas de salud*, donde la misión del curador es supervisar si la persona en cuestión aplica el tratamiento, revisar si se toma la medicación, si asiste a la consulta, etc.–.

#### **4.4.5 La capacidad de obrar especial**

Son supuestos de capacidad de obrar especial aquellos en que la ley señala una capacidad diversa de la general derivada de la mayoría de edad, bien porque establezca una capacidad mayor –p. ej., la adopción para la que se requieren 25 años (cfr. art. 175 Cc.) de manera que si no se tiene tal edad se realizará un acto inválido– bien porque faculte a quien no tiene capacidad general de obrar para la realización de un acto concreto – p. ej., se establece una “capacidad menor” para poder testar: basta con tener 14 años (cfr. art. 663.1 Cc.)–. Por tanto, son casos donde para la realización de actos determinados el legislador señala requisitos específicos. En palabras de DE CASTRO, la capacidad de obrar especial “significa una autorización especial. La incapacidad especial es, a la inversa, una particular exclusión del número de los autorizados”.



Por su parte, cabe referirse en este ámbito también a las prohibiciones legales. No se trata de capacidades de obrar especiales sino de particulares exclusiones –no generales–. Así, DE CASTRO, señala que una prohibición especial es una “inhabilitación para realizar ciertos actos, en general o respecto de ciertas personas, impuesta por un veto legal”. Respecto de un sujeto que tendría capacidad para realizar de manera general una clase de actos, una disposición legal le prohíbe expresamente realizarlo respecto de determinadas personas o en situaciones particulares. Algunas de estas prohibiciones legales, que han de interpretarse de manera restrictiva y que han de estar expresamente reguladas por la ley, son, por ejemplo, la imposibilidad de los tutores de comprar los bienes de los que están bajo su guarda (cfr. art. 1.459.1 Cc.) o la imposibilidad de los mandatarios de comprar los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados (cfr. art. 1.549 Cc.) .

#### **4.4.6 Una referencia a los menores de edad**

Para terminar de reflejar las situaciones en que cabe encontrarse respecto de la capacidad, es preciso hacer una referencia al menor de edad aun cuando se hayan avanzado algunos aspectos. En este ámbito se ha producido una evolución conceptual y jurídica: si en un primer momento se entendía que el menor era total y absolutamente incapaz para realizar actos con eficacia jurídica al reconocer alcance general al artículo 1.263.1 Cc. dictado en sede de contratos –ante la inexistencia de un conjunto de normas donde se declarase de modo expreso la capacidad del menor–, actualmente se reconoce que es capaz para ciertos actos (cfr. Res. de la DGRN 3 de marzo de 1989). En efecto, fruto de la citada evolución es la concepción de que la capacidad de obrar se adquiere de manera gradual; es decir, no se produce un salto en lo relativo a la capacidad de obrar entre la menor edad y la mayoría de edad. Así, actualmente se niega la

incapacidad general del menor (DE CASTRO). Buena prueba de ello es que los menores se desenvuelven en el tráfico ordinario en asuntos de poca importancia.

Lo anterior no impide reconocer que en el ordenamiento jurídico se le priva de capacidad de obrar plena al menor para evitar que realice actos que le puedan resultar perjudiciales, a la vez que se instaura un sistema de protección. La razón de la privación de la capacidad de obrar se fundamenta en que los menores carecen de la capacidad natural de querer y entender así como de la experiencia necesaria para evitar actuaciones perjudiciales. Y la consecuencia de tal privación es que serán los representantes del menor los que actuarán sobre su esfera jurídica con plena eficacia; esto es, el representante actúa en nombre del menor.

En la citada evolución, dos hitos importantes han sido la Ley 11/1981, de 13 de mayo que modificó algunos preceptos del Código civil relativos a los menores y la Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En efecto, por lo que a esta última se refiere, se reconoció en la Exposición de Motivos que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”; a la vez que señalaba en el artículo 2.2 que *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*. En consecuencia, actualmente el menor es un sujeto necesitado de protección pero cuya autonomía debe ser reconocida y potenciada. En línea con ello, el sistema introducido por las citadas leyes reconoce capacidad de obrar en función de la progresiva adquisición de capacidad natural del menor para realizar determinados actos a consecuencia de su desarrollo. La ventaja de este sistema es que se adapta a la situación concreta del menor de manera que no se establece un sistema monolítico -siendo tan menores uno de dos años como uno de catorce, resulta evidente que

ambos no tienen la misma capacidad-. Y la desventaja es que se trata de un sistema que propicia la inseguridad e incerteza.

Asimismo, otro mecanismo establecido por el Código civil es la *audiencia del menor* de manera que intervendrá -de forma voluntaria u obligatoria, según los casos- en los asuntos que le incumban con la finalidad de oírle, pero sin que su opinión resulte vinculante (cfr. art. 9.1 LOPJM o arts. 92.2, 92.6, 154.3, 159, ó 177.3 Cc.).

Así las cosas, el artículo 162 Cc. puede suplir en cierto modo la aludida carencia de una norma general sobre la capacidad del menor ya que en él se encuentran elementos suficientes para construir jurídicamente su capacidad de obrar, dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales. De acuerdo con lo que en él se establece, actualmente se le reconoce capacidad para:

- a) realizar por sí mismo “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*” (art. 162.1 Cc.);
- b) poder administrar por sí mismo los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria, si se han cumplido 16 años (cfr. art. 164.2 Cc.).

## **5. Las personas jurídicas**

### **5.1 Definición y fundamento de las personas jurídicas**

Es innegable la presencia en la vida social de entes organizativos diversos de las personas humanas -personas físicas- que actúan en el tráfico jurídico y a las que se le reconoce gran importancia -p. ej., desde un punto de vista económico a las empresas, desde un punto de vista social a las fundaciones, etc.- y capacidad de autoorganización. Tales entidades son *sujetos de Derecho* -el ordenamiento jurídico se ocupa de ellas- y *sujetos de derechos* -el ordenamiento les reconoce la aptitud para ser titulares de

derechos y deberes-. Su existencia se debe a que tienden o buscan un fin protegible por el Derecho -no se admitiría por ejemplo una sociedad de narcotraficantes (arg. ex art. 22 CE.)- y que, en muchas ocasiones, excede del ámbito individual -p. ej., una sociedad multinacional cuya labor no podría ser desarrollada por una única persona-. Estamos hablando de las *personas jurídicas* que cabría definir como las “entidades independientes de las personas físicas, dotadas de organización jurídica propia, de propia personalidad, de manera que pueden ser sujetos de derechos y de deberes, siempre que estén reconocidas por el ordenamiento”.

Aunque estas figuras, tal y como actualmente son concebidas, eran desconocidas por el Derecho Romano, su existencia es de hace varios siglos. Con todo, su sistematización se llevó a cabo en el siglo XIX. En tal momento, su existencia se justificó por motivos de índole práctica aunque se discutió su origen. Fundamentalmente se sostuvieron dos tesis diversas:

a) *teoría de la ficción* (SAVIGNY): las personas jurídicas son creaciones del Derecho. Por su utilidad de crean personas ficticias: carecen, por tanto, de voluntad, y han de ser representadas.

b) *teoría orgánica* (GIERKE): las personas jurídicas preceden al Derecho. Se trata de entes reales que preexisten -son organismos dotados de unidad- y que el ordenamiento jurídico únicamente se limita a reconocer y a establecer el régimen jurídico que le es aplicable.

Sea cual fuere la teoría más adecuada, se advierte que no cualquier colectivo es persona jurídica -p. ej., una comunidad de vecinos o una Peña de amigos-. En efecto, para que exista una persona jurídica es preciso:

a) cierto sustrato natural: un colectivo o grupo de personas agrupadas para un fin común o un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de ciertos fines transpersonales;

b) un reconocimiento explícito y público del ordenamiento jurídico a efectos de concederle personalidad jurídica, bien mediante un acto de autoridad -

*sistema de concesión*-, bien automáticamente al cumplirse los requisitos exigidos legamente y que pueden variar *-sistema de las disposiciones normativas-*.

La consecuencia de la creación de una persona jurídica es que, tras su reconocimiento, tendrá una personalidad distinta de la de sus miembros, y, en consecuencia unas relaciones jurídicas diversas, así como un patrimonio y una responsabilidad diferente.

Que el patrimonio y la responsabilidad de la persona jurídica sea distinto del de sus miembros y no haya mezclas entre ellos permite su uso fraudulento, p. ej., con la intención de rápidos enriquecimientos a costa de terceros. Para evitar tal situación, la jurisprudencia estadounidense ha creado la doctrina del “levantamiento del velo” *-to lift the veil-* o del “desentenderse de la personalidad jurídica” *-disregard of legal entity-*. Con esta doctrina, admitida por el Tribunal Supremo español desde 1950 -aun cuando su expresa denominación no se haya producido hasta la sentencia de 28 de mayo de 1984- se pretenden buscar soluciones presididas por la justicia material aunque para ello sea preciso no atender a la separación entre personas y patrimonios cuando exista mala fe. Tras la sentencia citada, tal doctrina se ha recogido, entre otras, en las sentencias de 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 13 de mayo de 1988 ó 3 de junio de 1991. En definitiva, el levantamiento del velo consiste en “la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el *substratum* de las personas jurídicas, en su interior (levantar el velo), para evitar el abuso de su independencia o que al socaire de esa ficción o forma legal se perjudiquen intereses ajenos, se consume el fraude, se falte a la buena fe o se ejerce un derecho de forma antisocial” (STS 25 de enero de 1988).

## **5.2 Clases de personas jurídicas**

El artículo 35 del Código civil señala que *“son personas jurídicas: 1º. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley (...). 2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*.

Dejando de lado la falta de rigor técnico del precepto transcrito, cabe referirse a dos tipos básicos de personas jurídicas: las asociaciones y las fundaciones –las corporaciones son un subtipo dentro de las asociaciones–. La principal diferencia existente entre las asociaciones y fundaciones es que mientras que en las primeras lo relevante es el sustrato personal –son un conjunto de personas que se unen para un fin general o particular de los asociados y relativamente duradero: una *universitas personarum* (cfr. art. 22 CE.)–, en las segundas lo importante es el componente patrimonial –es un conjunto de bienes afectos a un fin de interés público (cfr. art. 34 CE.): *universitas bonorum*–. Lo anterior no impide que en las asociaciones se manejen bienes para la consecución del fin para el que existen y que el desarrollo del fin fundacional exija la colaboración de personas.

Las agrupaciones de personas para la obtención de un fin –las asociaciones– pueden surgir:

- a) de la libre iniciativa de los sujetos privados que las componen –asociaciones en sentido estricto–;
- b) del dictado de la Ley –las corporaciones–: son las personas jurídico-públicas nacidas para conformar la estructura socio-política del sistema social; esto es, los organismos con que atender las necesidades de la sociedad que se incardinan dentro de la organización estatal formando parte de la misma y que se rigen por el Derecho público –Derecho Administrativo y Constitucional–. Ello no obsta para que en algunos casos

puedan tener capacidad de Derecho privado siendo, por tanto, sujetos de relaciones jurídicas privadas.

Siendo ello así, las asociaciones en sentido estricto y las fundaciones son generalmente entidades de Derecho Privado y se rigen por el Derecho Civil y Mercantil. Así, la referencia que el artículo 35 Cc. realiza al “*interés público*” ha de entenderse como de interés general.

Dentro de las asociaciones, y aun teniendo un mismo origen –la iniciativa de sus miembros–, cabe realizar una última clasificación en atención a su finalidad:

- a) las de “interés particular” (cfr. art. 35 Cc.); esto es, las *sociedades*: su finalidad es obtener beneficios económicos repartibles entre los socios; el ánimo de lucro es una característica esencial de tales entidades (cfr. art. 1.665 Cc. y 116 C.Com.)
- b) las *asociaciones en sentido estricto*: tienden a la satisfacción de las necesidad de sus asociados –recreativos, culturales, educativos, etc.–.

### **5.3 Adquisición de la personalidad. Capacidad jurídica y de obrar**

Las personas jurídicas adquieren capacidad jurídica y de obrar desde el mismo momento de su constitución (cfr. art. 35 Cc.). Ahora bien, para la determinación del instante en que quedan “*válidamente constituidas*” es preciso atender a las leyes que las crean o reconocen. Algunas de tales leyes son el TR. sobre sociedades anónimas aprobado por RD. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), o, en fin, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones. De todos modos no ha de olvidarse que los Estatutos de Autonomía de algunas CCAA les atribuyen competencia exclusiva en

materia de asociaciones y todos ellos en la de fundaciones, habiéndose aprobado numerosas leyes autonómicas en este ámbito -p. ej., la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de Galicia-.

De otro lado, el artículo 38 Cc. dispone que *“las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución”*. En efecto, la capacidad jurídica de las personas jurídicas es general, salvo para los casos donde sólo una persona física pueda ser parte de la relación jurídica - p. ej., el matrimonio-. Así, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos reales, de crédito, derechos de autor, pueden suceder *mortis causa* (art. 745.2 Cc.), pueden aceptar donaciones (art. 625 Cc.), pueden ser tutores (art. 242 Cc.) o tienen derecho al nombre (cfr. STS 21 de octubre de 1972).

Por su parte, el artículo 37 Cc. establece que *“la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones, por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuese necesario”*. Y es que, además de los supuestos donde por naturaleza no pueden actuar, también es posible que por la ley o la voluntad de los que la hayan creado -p. ej., limitando el objeto a que responden- se restrinja su ámbito de actuación.

Por último, la persona jurídica no actúa por sí misma sino a través de sus órganos que están formados en último término por personas físicas. Consecuencia de ello es que la persona jurídica queda vinculada por la actuación de tales personas físicas, debiendo, incluso, de responder extracontractualmente de los daños que sus representantes u órganos hayan podido causar a terceros (cfr. STS 29 de abril de 1988); ello no empece que tengan derecho de repetición contra aquéllos (art. 1.094 Cc.).



#### **5.4 Domicilio y nacionalidad de las personas jurídicas.**

Al igual que las personas físicas tienen un domicilio –su residencia habitual (art. 40 Cc.)–, razones prácticas aconsejan que las personas jurídicas también tengan uno a efectos de localizar en algún sitio su subjetividad (PUIG FERRIOL). Y como acontece respecto de las personas físicas, las personas jurídicas también pueden fijar su domicilio donde estimen conveniente. En efecto, el artículo 41 Cc. establece que *“cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o reglas de fundación fijasen el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto”*. Introduce, por tanto, únicamente un criterio subsidiario de fijación de domicilio cuando éste no aparezca contenido en los estatutos de la persona jurídica –la fijación del domicilio es lo habitual pues es un contenido estatutario mínimo exigido por la legislación–. Así y todo, el domicilio social será único, aun cuando la entidad tenga varios locales o delegaciones.

Respecto de la nacionalidad de las personas jurídicas, el artículo 28 del Código civil señala que *“las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código”*. Así pues, el domicilio de la persona jurídica es el criterio de imputación de la nacionalidad, que determinará el ordenamiento jurídico concreto que se aplica. En lo que se refiere a la nacionalidad española, el artículo 9.11 Cc. establece que *“la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”*.

## **5.5 Las Asociaciones**

Las asociaciones se constituyen mediante un *acuerdo de constitución*, que debe incluir la aprobación de los Estatutos, y que se formaliza mediante el otorgamiento de un acta fundacional que ha de presentarse para su inscripción en el Registro administrativo de Asociaciones (cfr. arts. 5.2 y 10.1 LODA.).

El régimen interno de las asociaciones se determina por lo establecido “*en sus propios Estatutos, siempre que no estén en contradicción con las normas*” de la LODA (art. 11.2 LODA.). En ellos, entre otras cuestiones, ha de señalarse la denominación de la asociación, su domicilio, ámbito territorial de actividades, fines, requisitos y modalidades de admisión y baja, derechos y obligaciones de los asociados, órganos de gobierno y representación, patrimonio inicial y recursos económicos o causas de extinción.

“*La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la Asociación*” (art. 11.3 LODA.). Además, debe existir un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la Asociación –normalmente, la Junta Directiva– (cfr. art. 11 LODA). Junto a estos órganos obligatorios, los Estatutos pueden contener otros –tales como el Presidente o el Secretario– (cfr. art. 12 LODA.).

Por último, las asociaciones se extinguen: por las causas establecidas en sus Estatutos, por voluntad de los socios, por sentencia penal y por las causas determinadas en el art. 39 Cc. –expiración del plazo, realización del fin o imposibilidad de consecución– (cfr. art. 17 LODA.). Tras ello se abre un período de liquidación, hasta cuyo fin “*la entidad conservará su personalidad jurídica*” (art. 15.1 LODA.).

## 5.6 Las fundaciones

Al ser la esencia de las fundaciones un patrimonio afecto a un fin –que ha de ser potencialmente general, desinteresado y beneficioso para la comunidad–, una vez constituida, su existencia y régimen depende únicamente de la permanencia del fin asignado y no de la voluntad de personas físicas o jurídicas. Para el cumplimiento de ese fin es precisa la existencia de un patrimonio inicial, denominado dotación, que “*podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase*” (art. 12.1 LF.). Al ser necesariamente limitado ese patrimonio, los rendimientos que genere, los donativos, así como la posible obtención de ingresos por sus actividades, constituirán los medios con que contará la Fundación para cumplir de manera continuada en el tiempo la finalidad para la que se creó (cfr. art. 26 LF.).

La creación de las fundaciones se lleva a cabo mediante un negocio jurídico de carácter gratuito, *inter vivos* –en escritura pública– o *mortis causa* –en testamento–, en el que el fundador –persona física o jurídica– establece un patrimonio y le asigna un fin, mostrando así su voluntad de constituir la fundación (cfr. arts. 8 y 9 LF.). Para que adquiera personalidad jurídica es precisa su inscripción en el Registro de Fundaciones.

El régimen interno de la Fundación se determina por lo establecido en sus Estatutos que no pueden contravenir lo establecido en la Ley de Fundaciones. Así, habrá de incluirse un órgano obligatorio de dirección y gestión –el Patronato– que será controlado por la Administración Pública por medio del Protectorado (cfr. arts. 14, 15 y 34 LF.)

Las Fundaciones están obligadas a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales. Si en algún momento una fundación es incapaz de alcanzar por sí misma los fines para los que se creó puede ser

requerida por el Protectorado para que se fusione con otra de análogos objetivos. En cambio si hay imposibilidad de realizar el fin fundacional se extinguirá. Además, también se extinguirá si transcurre el plazo para el que se fundó, si tienen lugar las causas previstas por los Estatutos o si así se establece por resolución judicial (cfr. art. 32 LF.). Tras la extinción –salvo en el caso de fusión– se abrirá un procedimiento de liquidación de la Fundación.

Antonio Legerén

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.
- RAMOS CHAPARRO E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- HOYOS CASTAÑEDA I., *El concepto jurídico de la persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.
- HERVADA XIBERTÁ, X., "Concepto jurídico y concepto filosófico de persona", *La Ley* 1981-1.
- GORDILLO CAÑAS A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004.
- ALBALADEJO, M., "Desde el instante en que nace, todo niño es persona, e inscribible en el Registro", *Revista de Derecho Privado*, 1997.
- ANGOITIA GOROSTIAGA V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Madrid, Marcial, Pons, 1996
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *Anuario de Derecho Civil*, 1992.
- LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVARRÍA, Madrid, Dykinson, 2000.
- PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, 1988.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001.
- GETE-ALONSO Y CALERA, C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992.
- CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1993.
- DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Madrid, Estudios de Deusto, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Los tipos de entes públicos en el Derecho español", en VVAA., *Estudios de Castro*, 1.
- DE SALAS MURILLO, S., *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español*, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ Y FERNÁNDEZ FARRERES, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, 2002.



## **6. EL NEGOCIO JURÍDICO. LOS CONTRATOS. ELEMENTOS: CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA Y FORMA**

## **TEMA 6**

### **EL NEGOCIO JURÍDICO. LOS CONTRATOS. ELEMENTOS: CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA Y FORMA**

#### **1. EL NEGOCIO JURÍDICO**

El negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos (De Castro). La clásica definición expuesta contiene el núcleo esencial de esta categoría jurídica que, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, no está regulada como tal en el Derecho español. Este núcleo viene constituido por la propia declaración de voluntad o acuerdo de voluntades del o de los sujetos otorgantes del negocio (según si es unilateral o bilateral), a la que el Derecho le confiere la capacidad de producir por sí misma o acompañada de otros hechos o actos (forma determinada; cumplimiento de requisitos legales; *condictio iuris*, etc.) efectos jurídicos plenos.

El principio de autonomía privada es el fundamento del negocio jurídico. Dicho principio legitima que los particulares establezcan, dentro de los límites del ordenamiento jurídico (en nuestro Derecho expresados en el art. 6.3 y 1255 CC, con carácter general), los cauces propicios para regular sus intereses, que sean dignos de tutela. A tal fin, los particulares pueden realizar negocios jurídicos que tengan por conveniente y dotarlos del contenido más oportuno para la consecución de sus intereses, con sujeción a los límites marcados. Es la capacidad de autorregulación o autonormación en la esfera del orden privado.

La categoría del negocio jurídico abarca figuras diversas, todas ellas de gran trascendencia para el Derecho. Una suerte de breve clasificación podía ser la siguiente:

- *Negocios jurídicos patrimoniales y no patrimoniales*, atendiendo a si inciden o no en las relaciones económicas o en el patrimonio del individuo.
- *Negocios jurídicos unilaterales* (testamento), *bilaterales* (contrato y matrimonio) y *plurilaterales* (contratos asociativos), teniendo en cuenta los sujetos participantes en el mismo.
- *Negocios jurídicos típicos y atípicos*, según si son regulados o no por el ordenamiento jurídico en cuestión.
- *Negocios jurídicos mortis causa e inter vivos*. En los primeros, la causa del negocio es la de regular el destino de los bienes o relaciones jurídicas para después de la muerte del otorgante (ej: testamento), siendo que los segundos no responden a esa causa.

## **2. LOS CONTRATOS**

### **2.1.- Concepto**

Dentro de la categoría general del negocio jurídico destaca sobremanera el contrato, no sólo por su relevancia jurídica sino también por su importancia económica o patrimonial, ya que nuestra economía se basa fundamentalmente en el intercambio de bienes y servicios. Precisamente a esta idea responde el contrato, como instrumento jurídico. El contrato es un acuerdo celebrado entre dos o más personas en virtud del cual éstas se comprometen a entregar, hacer o no hacer algo en beneficio o interés de las otras. O, como dice el art. 1254 CC, el contrato existe desde que una o



varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Según el art. 1089 CC, el contrato es fuente de obligaciones, esto es, genera vínculos jurídicos entre los sujetos que lo otorgan, de carácter patrimonial. Tales obligaciones tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y tienen que cumplirse a tenor de los mismos.

El fundamento del contrato, como el del negocio jurídico, es el principio de autonomía privada, que ya en este ámbito se conoce como libertad contractual. El art. 1255 CC, precisamente en sede de contratos, establece la posibilidad de que los contratantes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que lo hagan dentro de los límites que el propio precepto señala: la ley, el orden público y la moral. Ya se dijo que, sobre la base del principio de autonomía privada, los particulares pueden realizar los contratos que tengan por conveniente y dotarlos del contenido más oportuno para la consecución de sus intereses, con sujeción a los límites marcados. En el establecimiento del contenido contractual, las partes pueden someterse a la regulación prefijada que para algunos contratos disponen el CC o las leyes especiales o alterar ese contenido o no ajustarse en absoluto al que está reglamentado legalmente. En el ejercicio de la libertad contractual, los límites marcados por la ley se han incrementado notablemente y el margen al contratante en ciertos ámbitos decrece en la misma medida. La reducción de la operatividad de la autonomía contractual responde a un intervencionismo estatal cada vez mayor (seguido de una hiperproducción legislativa) que se justifica en la protección de ciertos intereses, públicos o privados. Es significativo, por ejemplo, el estrecho margen, en estos términos, del contrato realizado con consumidores.

## **2.2.- Clases**

### **a) Contratos típicos y atípicos**

Los contratos típicos son los que se regulan en la ley, ya sea en el CC o en leyes especiales (vgr. la compraventa, la fianza, el mandato, el seguro, el aparcamiento de vehículos, etc.). El concepto de contrato típico se vincula a la exigencia de que la regulación a la que nos referimos sea relevante o sustancial; no será típico en este sentido el contrato que se menciona en la ley pero que no se regula propiamente (el caso paradigmático en nuestro ordenamiento jurídico es el contrato de leasing).

Son contratos atípicos los contratos que carecen de regulación específica, pero que son plenamente válidos y eficaces a tenor del citado principio de libertad contractual. En estos casos, para determinar su contenido y efectos habrá que acudir a los pactos y cláusulas establecidos por los contratantes, a las reglas generales de los contratos (del CC y del CCo) y, en ocasiones, a las normas de otros tipos contractuales similares que pueden ser aplicables por analogía. Ello ocurre sobre todo en los casos de los denominados contratos mixtos, que toman o combinan obligaciones de diferentes contratos típicos.

### **b) Contratos consensuales, formales y reales**

Por regla general, los contratos en nuestro Derecho son consensuales, en tanto que para su perfección no necesitan sino el mero consentimiento de las partes. Ejemplos de contratos consensuales son la compraventa, arrendamiento, la sociedad, etc.

Como se verá al analizar la forma del contrato, en ocasiones el ordenamiento jurídico exige una forma determinada en la prestación del consentimiento o una documentación especial del contrato. Las razones son variadas y se verán en el epígrafe correspondiente. En todo caso, la noción del contrato formal es más restringida, ya que a él se hace

referencia cuando la exigencia de una forma determinada (escrita; escritura pública, etc.) es condición para la validez del negocio. La donación de bienes inmuebles, el contrato de edición y algunos contratos con consumidores son, entre otros, ejemplos de contratos formales.

El contrato es real cuando para su perfección se exige, además del consentimiento contractual, la entrega de una cosa. Ejemplo de estos contratos son el préstamo y el depósito.

### **c) Contratos onerosos, gratuitos y remuneratorios**

En atención a la causa de los contratos, a la que luego se aludirá, los contratos pueden ser onerosos, gratuitos y remuneratorios. Son onerosos cuando el beneficio que espera obtener una parte mediante su cumplimiento es consecuencia o a cambio de un propio sacrificio previo, simultáneo o posterior en el tiempo (BERCOVITZ). Dentro de los onerosos está la categoría de los sinalagmáticos, que dan lugar a obligaciones recíprocas.

Los contratos a título gratuito, en cambio, se singularizan porque el beneficio que se espera obtener no tiene sacrificio correspondiente, siendo que una de las partes se enriquece y otra se empobrece patrimonialmente. Donación, mandato, mutuo y depósito son ejemplos de contratos a título gratuito (aunque en estos últimos casos el CC los configura como contratos naturalmente gratuitos -no esencialmente gratuitos- y cabe la previsión en contra).

Los contratos remuneratorios se caracterizan porque el beneficio que obtiene una parte está compensado por algún sacrificio, de menor relevancia. La donación remuneratoria es ejemplo paradigmático de este grupo.

### **d) Contratos conmutativos y aleatorios**

En los contratos conmutativos la relación existente entre los beneficios y los sacrificios que las partes asumen aparece determinada desde el principio. Ello es compatible con que la alteración de las circunstancias provoque fluctuaciones o cambios en la economía interna del contrato. Sin embargo, en los contratos aleatorios aquella relación depende de algún hecho incierto o desconocido por las partes o imprevisible; al respecto, el CC lo define diciendo que por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o a hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (art. 1790 CC). En esta categoría entran, entre otros, el seguro, el juego o apuesta o la renta vitalicia.

#### **e) Contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales**

Si se atiende al número de partes que celebran el contrato, el contrato es siempre bilateral (o plurilateral), ya que por lo menos serán necesarias dos partes. Pero en la clasificación que ahora se enuncia el criterio que subyace no es tanto el número de partes que intervienen en el mismo cuanto el tipo de obligaciones que genera el contrato. En este sentido, si el contrato produce obligaciones para las dos partes se habla de contratos bilaterales (ej.: compraventa; arrendamiento; seguro...); si, en cambio, sólo una de las partes queda obligada estamos ante los contratos unilaterales (donación).

Los contratos plurilaterales son aquellos en los que el consentimiento contractual se constituye por la confluencia de varios consentimientos (contratos asociativos).

#### **f) Contratos con condiciones generales y contratos con cláusulas predispuestas**

La Ley de Condiciones generales de la contratación (LCGC) regula actualmente la denominada contratación estandarizada o con condiciones generales, que se ha generalizado actualmente en ciertos tipos contractuales. Las condiciones generales se identifican con las cláusulas o estipulaciones contractuales predispuestas por un empresario o profesional, actuando en el marco de su actividad, y destinadas por éste a ser impuestas en una pluralidad de relaciones contractuales con otros empresarios o con los consumidores, con independencia de la forma que adopten (cfr. arts. 1º y 2º LCGC). Frente a la configuración tradicional del contrato como negociación entre partes (iguales), se plantea la estandarización o contratación en masa como una solución de eficiencia y racionalización del proceso en determinadas hipótesis (empresas con sus clientes, por ejemplo, sean estos consumidores o no). En casos de contratación con condiciones generales, la ley impone requisitos añadidos de transparencia y claridad para controlar, especialmente, que las cláusulas se incorporan al contrato.

Cercano a la idea de condiciones generales es el contrato con cláusulas predispuestas. En este caso, son contratos con estipulaciones o cláusulas contractuales predispuestas por el empresario o profesional -esto es, previa elaboración de la cláusula o estipulación para integrarse en el contrato- e impuestas al consumidor -no puede haber sido negociada individualmente-; no se requiere, en cambio, que hayan sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos. Los arts. 85 y ss. del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDLeg 1/2007) regulan los mecanismos de control de las cláusulas contractuales predispuestas con los consumidores: el control de incorporación o de inclusión; y el control de contenido. El primero determina que se cumplan una serie de requisitos de carácter formal, para que éstas pasen a formar parte del contrato (deberán ser redactadas de acuerdo con claridad, concreción y sencillez, deberán ser entendibles, deberá ser comunicada su existencia, etc.); el control de

contenido pretende asegurar el equilibrio jurídico del contrato, el “justo equilibrio entre los derechos y obligaciones” que se derivan del mismo para las partes y significa a la postre la prohibición de incluir en el contrato las denominadas cláusulas abusivas.

## **2.3.- Eficacia e ineficacia del contrato**

### **a) Eficacia contractual: condiciones**

Como ya se vio, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de las mismas. La eficacia del contrato consiste en la obligación de las partes a cumplir las respectivas prestaciones y las demás condiciones o pactos contenidos en él.

Para que el contrato sea eficaz ha de haberse perfeccionado. La perfección del contrato determina el nacimiento de la relación obligatoria. Antes de tal momento, podrán existir entre las partes negociaciones o tratos preliminares preparatorios del contrato, en los que aquéllas están obligadas a actuar de buena fe (so pena de incurrir en responsabilidad precontractual). Tras la perfección del contrato, las partes quedan vinculadas por el contrato, en los términos y con el alcance que luego se dirá.

La regla general en nuestro Derecho es que los contratos se perfeccionan cuando las partes prestan su consentimiento, aunque la ley, en determinadas hipótesis (contratos reales y formales) exige el cumplimiento de otros requisitos. De acuerdo con el art. 1262 CC, el consentimiento se manifiesta, por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La oferta y la aceptación constituyen las respectivas declaraciones de voluntad de los contratantes en las que se manifiestan la intención de obligarse. El momento en el que se produce el concurso entre la oferta y la aceptación puede provocar

algunas dudas o problemas sobre todo en los contratos entre ausentes (por ejemplo en el caso de la contratación electrónica o la producida por cualquier otro medio de comunicación que permita la manifestación del consentimiento de las partes). Actualmente, tras la reforma del art. 1262 CC, la regla general que se aplica (regla de la cognición atemperada o de la cognoscibilidad) establece que el contrato se entenderá perfeccionado cuando el oferente conozca la aceptación o, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda desconocerla sin faltar a la buena fe.

El contrato despliega sus efectos desde el instante que se perfecciona, salvo que las partes o la ley establezcan condiciones o plazos que modifiquen o retrasen la eficacia normal del contrato. Se trata de los denominados elementos accesorios del contrato, que generalmente, afectan no a la perfección del mismo sino a su eficacia; ya para retrasarla hasta que se cumpla la condición o el término (en caso de que se configuren como suspensivos), ya para producir la terminación de sus efectos cuando tales eventos se producen (si se configuran como resolutorios).

## **b) Eficacia contractual: alcance**

La relación jurídica que establece el contrato se produce entre las partes que lo otorgan y sus herederos (art. 1257 CC). El contrato determina un vínculo jurídico que reglamenta los intereses de las partes según su voluntad y respetando los límites de la autonomía privada. El principio *pacta sunt servanda* implica que lo que se ha pactado debe ser respetado, debe producir los efectos que le son propios. Dicho vínculo no puede ser alterado salvo que las propias partes de común acuerdo decidan modificarlo o extinguirlo. Lo que no cabe es que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC).

La eficacia del contrato se proyecta al contenido del contrato (a lo pactado) pero también a las todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). En atención a esta circunstancia, se suele distinguir así una eficacia negocial típica (la querida por los contratantes) de una eficacia legal (la que se impone por ministerio de la ley).

Los efectos del contrato sólo se producen entre las partes que lo han otorgado y sus herederos, como sucesores *mortis causa* de las partes (y, en su caso, los causahabientes a título particular); en principio, los terceros quedan al margen de tales efectos (art. 1.257.II CC). Es lo que se conoce como la eficacia relativa de los contratos y que determina que el contrato no puede ser, en principio, fuente derechos ni de obligaciones para un tercero, salvo que consienta en obligarse. Por eso el art. 1259 CC dice que el contrato a nombre de una persona por quien no tiene legitimación para representarla es nulo, quedando únicamente obligada la persona a cuyo nombre se hubiera otorgado si lo ratifica expresa o tácitamente.

De todas maneras este principio ha de puntualizarse. En primer lugar, porque los terceros, aunque no se vean vinculados por los contratos, sí resultan afectados (eficacia refleja del contrato). Como ha señalado jurisprudencia reiterada, el principio de relatividad no impide que los contratos tengan eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar situaciones jurídicas creadas. Se habla, entonces y en este sentido, de la oponibilidad de los contratos frente a terceros y del deber de respeto de éstos para con la situación creada por el contrato.

En segundo término, el principio de relatividad se ha de puntualizar porque es posible que el contrato vincule a un tercero directamente, incidiendo en su esfera jurídica. Y es que el propio art. 1257 CC que consagra, como vimos, la vinculación de los contratos a las partes que los otorgan y sus herederos, permite la estipulación a favor de un tercero: “Sin embargo, si



el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”. Ejemplos paradigmáticos de contratos a favor de tercero pueden ser el seguro, la renta vitalicia o el contrato de alimentos.

### **c) Ineficacia contractual**

Puede ocurrir que el contrato, por causas diferentes, no produzca efectos. Estamos ante la denominada ineficacia contractual, que abarca las hipótesis de invalidez contractual –cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud)- como las de ineficacia, en sentido estricto –cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias extrínsecas, incluso por un no querer de las partes-. En concreto, las siguientes son las hipótesis más relevantes de ineficacia contractual:

- *Nulidad de pleno derecho*: Es la sanción más grave, pero también constituye el régimen general de invalidez, ex art. 6.3 CC. Significa que el contrato no produce ningún efecto en absoluto. La nulidad es de raíz y *ope legis*, por lo que puede declararse de oficio por el juez, sin necesidad de ser alegada por las partes. Se produce cuando el contrato carece de alguno de sus elementos esenciales o cuando contraviene los límites del art. 1255 CC.
- *Nulidad parcial*. En determinados contratos (y otros negocios jurídicos), la nulidad parcial es la sanción tipo para las cláusulas, condiciones o estipulaciones contractuales que contravienen lo preceptuado en la ley. En estos casos, la nulidad de pleno derecho de una cláusula no ha de comportar la nulidad del contrato en que se encuentre y ello porque otra solución sería contraria al principio de conservación de

los contratos y, para los contratos con consumidores, al principio de protección del consumidor.

- *Anulabilidad*: Es un régimen especial de invalidez contractual (si lo comparamos con la nulidad de pleno derecho) que la ley dispone para determinados casos de contravención de la ley y para la omisión de ciertos requisitos, generalmente para proteger a una de las partes del contrato. Frente a la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad se caracteriza por las siguientes notas: a) representa una facultad potestativa de una de las partes contractuales; b) es una nulidad apreciable a instancia de parte; c) la legitimación en la acción se ve restringida a los titulares de los intereses protegidos por la norma concreta; d) cabe la renuncia a la acción y se limita el plazo de su ejercicio (en términos generales, plazo de caducidad).
- *Otras formas de ineficacia*: Al margen de la invalidez contractual están otras hipótesis en las que el contrato no produce efectos por causas diversas, tipificadas en la ley. Se trata de contratos válidos pero que por la concurrencia de alguna circunstancia su eficacia puede ser impugnada. La *resolución contractual* posibilita la desvinculación de las partes del contrato, a instancia de uno de los contratantes, cuando se produce un incumplimiento resolutorio en los contratos con obligaciones recíprocas. La *rescisión contractual*, de carácter restrictivo, se produce en los casos establecidos en la ley (arts. 1290 y ss. CC). El *desistimiento* es una forma más restringida de ineficacia en la que una de las partes puede revocar el contrato por determinadas causas establecidas en la ley o, incluso, sin alegar justificación en ciertas hipótesis (más extendida en los contratos con consumidores). Cabe, obviamente, *el mutuo disenso*: las partes pueden convenir dejar sin efecto lo acordado.

### **3. ELEMENTOS: CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA Y FORMA.**

Según el art. 1261 CC, “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento de los contratantes; 2º objeto cierto que sea materia del contrato; 3º Causa de la obligación que se establezca. Se enumeran en la norma citada los requisitos esenciales para la validez de los contratos; dicho en otras palabras, se establece cuáles son los elementos necesarios sin los cuales el contrato no será válido y, en general, no producirá efecto alguno.

A los tres elementos señalados (consentimiento, objeto y causa) hay que añadir otro (forma), que será esencial o necesario en términos de validez, sólo en determinadas hipótesis. La regla general en nuestro Derecho contractual es la libertad de forma, por lo que la exigencia de una forma determinada normalmente no interfiere en la validez del contrato, aunque sí puede determinar efectos diversos para el contrato. Lo dicho se desprende de los arts. 1261 y 1278 y 1279 CC.

### **3.1.- El consentimiento contractual**

El consentimiento contractual se forma con la conjunción de las declaraciones de voluntad libres y conscientes de cada contratante sobre el objeto y la causa del contrato. En realidad, el contrato nace (y se perfecciona, por regla general) desde que existe consentimiento contractual de las partes acerca del objeto y la causa del contrato: es lo que el CC señala cuando dice que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

El consentimiento contractual válido, por regla general, es el se otorga libre y conscientemente (sin vicios del consentimiento: arts. 1265 y ss. CC) por persona capaz para contratar.

### **a) Capacidad contractual**

Acerca de la capacidad contractual (la capacidad para prestar consentimiento contractual con efectos plenos), el art. 1263 CC dice que no pueden prestar consentimiento: 1º los menores no emancipados; 2º los incapacitados.

*A contrario*, y en términos generales, la capacidad contractual en el CC se equipara a la capacidad de obrar general; la que tiene el mayor de edad no incapacitado (art. 322 CC). El menor emancipado y el menor que haya obtenido el beneficio de la mayor edad, equiparados en muchos aspectos al mayor de edad, necesitan la intervención de ciertos sujetos para los actos que expresa el art. 323 CC.

No obstante, la regla anterior tiene algunas excepciones, ya que existen hipótesis de capacidad contractual fuera de los estrechos márgenes del art. 1263 CC. Son los casos de ciertos contratos realizados por menores (art. 162.1º y 164.3º CC, por ejemplo) o los supuestos de los contratos realizados por la persona incapacitada sometida a curatela, en los términos permitidos por la sentencia de incapacitación.

Por otra parte, los sujetos a los que se refiere el art. 1263 CC no son los únicos que tienen limitada su capacidad para contratar. Así, la persona con discapacidad no incapacitada, si no puede emitir una declaración de voluntad libre y consciente sobre el objeto y causa del contrato, por carecer de capacidad natural en el momento de su emisión, no podrá contratar. Asimismo el declarado ausente (art. 185 CC) y el concursado en el proceso que regula la Ley concursal (art. 40 LC) están sujetos a importantes limitaciones de su capacidad de obrar.

Hay que tener en cuenta que los contratos celebrados por personas que carecen de capacidad contractual serán anulables, siendo que el plazo de

los cuatro años de caducidad de la acción se computará desde que el sujeto saliere de la tutela o patria potestad, en su caso (art. 1301 CC). No así los contratos celebrados con ausencia absoluta de consentimiento o carencia absoluta de capacidad natural, que serán nulos de pleno derecho.

Al lado de la capacidad para contratar hay que hacer referencia a las prohibiciones para contratar, a las que alude el art. 1264 CC. Son hipótesis en las que la ley prohíbe a determinados contratantes la realización de ciertos contratos y han de ser de aplicación restrictiva. Son las del art. 1459 CC; 221.2º y 3º, 1677 CC y art. 29 LH.

## **b) Inexistencia de vicios del consentimiento**

Por otra parte, el consentimiento no puede ser prestado por error, violencia, intimidación o dolo; ello daría lugar a la invalidez del contrato y a la anulabilidad del mismo, según las reglas de los arts. 1300 y ss. CC. En estos casos, el plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad comenzará a correr: en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieran cesado; en los casos de error o dolo, desde la consumación del contrato.

El *error* es la defectuosa representación por el contratante sobre el objeto del contrato o sus condiciones esenciales. Para que el error invalide el consentimiento, según el art. 1266 CC, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Si el error afectase a la persona, éste sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

Además, para que el error invalide el contrato ha de ser inexcusable. Ello significa que quien lo padece ha de haber aplicado la diligencia exigible para informarse de las condiciones y circunstancias del contrato y, aún así,

permanece en el error. En la valoración de la diligencia exigible se tendrá en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias personales de la víctima del error (su condición de experto o profesional) y del otro contratante.

La *violencia* es la fuerza irresistible que se aplica sobre la persona del contratante con el fin de que otorgue consentimiento o lo haga en un sentido determinado. La violencia puede ser empleada por el otro contratante o también por un tercero que no intervenga en el contrato (art. 1268 CC).

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 (art. 1267 CC). La intimidación puede partir, como la violencia, del otro contratante o de un tercero ajeno al contrato. En su determinación hay que atender, por mandato legal, a la edad y condición de la persona.

Habrà *dolo* cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, son ellas no hubiera hecho (art. 1269 CC). Para invalidar el consentimiento, el CC exige que el dolo sea grave y unilateral, es decir, que no sea empleado por ambos contratantes. El dolo incidental, el que no reviste la gravedad necesaria, sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios que como consecuencia de él haya sufrido el que ha sido engañado.

### **c) La autocontratación**

Se ha señalado que el consentimiento contractual se forma con el concurso de los consentimientos contractuales acerca del objeto y la causa del contrato. Ello viene a presuponer la exigencia de que existan dos o más

partes para su formación. En este ámbito se cuestiona si es posible la denominada autocontratación, esto es, la hipótesis en la que la declaración de voluntad contractual se forma con el consentimiento contractual de una sola persona que interviene de una parte en nombre propio y, por otra, como representante de otro sujeto (lo mismo en el caso de que el mismo sujeto actúe en representación de dos contratantes).

El ordenamiento jurídico español no contiene reglas generales para estos casos, aunque existen normas específicas que prohíben a los representantes celebrar actos jurídicos con sus representados, cuando dicha celebración suponga un conflicto de intereses (así, arts. 163, 221, 1459.1º y 2º CC) y también alguna otra que permite expresamente la autocontratación (art. 28 de la Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones). En general, la doctrina y la jurisprudencia actuales entienden que la autocontratación es válida en el Derecho español en determinadas hipótesis: a) cuando el representado acepte, autorice o ratifique antes o después (ya sea expresa o tácitamente) el autocontrato; b) cuando no exista conflicto de intereses entre representante y representado.

### **3.2.- El objeto del contrato**

El objeto del contrato son las prestaciones sobre las que se contrata, o, desde otra perspectiva, las cosas y servicios regulados en él. A las cosas y los servicios se refieren los arts. 1271 a 1273 CC que hablan de cosas y servicios como realidades materiales sobre las que pueden recaer las obligaciones o las prestaciones de los contratantes.

Según las normas citadas, el objeto del contrato debe cumplir ciertos requisitos: a) el objeto ha de ser posible; b) ha de ser lícito; c) ha de ser cierto y estar determinado o ser determinable; d) ha de ser

económicamente evaluable (la patrimonialidad): no tanto el objeto en sí cuanto su incumplimiento.

Con respecto a la *posibilidad*, el art. 1272 CC dice que no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles. Así la imposibilidad física o material de entregar la cosa o ejecutar el servicio pactado la hace inhábil para constituir objeto del contrato. La imposibilidad puede darse en el momento de celebrarse el contrato (imposibilidad originaria) o en un momento posterior (imposibilidad sobrevenida). Sólo la primera afecta a la validez del contrato; la sobrevenida tiene relevancia a los efectos del incumplimiento contractual

La *licitud* se consagra en el art. 1271 CC. En particular, el art. 1271.I CC dice que pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Éstas son las que no pueden ser apropiables (bienes de dominio público: art. 339 CC; determinadas cosas comunes *extra commercium* (la luz o la atmósfera) y los bienes extrapatrimoniales (ej.: bienes de la personalidad). Por lo que se refiere a los servicios, el propio art. 1271.III CC dice que pueden ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

El objeto del contrato ha de ser *cierto* (art. 1261.2º CC) y debe estar determinado en el momento de su perfección, o ser determinable, en el sentido de que cabe su determinación posterior sin necesidad de nuevo pacto entre las partes (art. 1273 CC).

### **3.3.- La causa del contrato**

#### **a) Concepto**

Aunque no resulta pacífica en la doctrina la definición de este elemento, se puede decir que la causa del contrato es el fin o resultado típico, común y



exteriorizado que persiguen las partes. Frente a concepciones objetivas (la causa es la función económico-social del contrato) o subjetivas (son los propósitos o fines específicos que lleva a las partes a otorgar el contrato), la teoría actual con más acogida, también por la jurisprudencia, presenta a la causa como elemento dual que responde al fin típico del contrato pero también a la función económico-social concreta querida por los contratantes al celebrar el contrato. Por ello, se entiende incorporada a la causa del contrato la denominada causa concreta; los motivos que llevan a las partes a contratar son jurídicamente relevantes y quedarán incorporados a la causa deben concurrir dos requisitos: que ese motivo sea el origen o la razón de la celebración de contrato, que el motivo sea común por ambas partes y que sea exteriorizado.

La causa es elemento imprescindible en la formación del contrato (sobre él debe confluir el consentimiento contractual). Pero su existencia ha de prolongarse hasta la fase de ejecución del contrato; es lo que se conoce como la “continuada influencia de la causa”. Las hipótesis de desaparición total o parcial de la causa tras la celebración del contrato son tratadas en nuestro Derecho a través de la tesis de la modificación sobrevenida de las circunstancias y de la cláusula *rebus sic stantibus*, de aplicación muy restringida, que llevaría a fundamentar en ciertos casos la resolución del negocio jurídico.

A la causa le dedica el CC algunos preceptos. El art. 1274 CC señala qué es la causa en cada uno de los tres tipos contractuales que se mencionan: en los contratos onerosos, el elemento causal consiste, para cada contratante, en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los gratuitos, la liberalidad del donante; y en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera. El art. 1275 CC establece la necesidad de su existencia y licitud (“los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”), explicando que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. El art. 1276 CC establece que el contrato

que exprese una causa falsa también será nulo, salvo que se pruebe que existe otra causa verdadera y lícita. Finalmente, el art. 1277 CC presume que la causa existe y es lícita, siempre que no se pruebe lo contrario.

## **b) Requisitos de la causa**

La causa debe existir, ser lícita y verdadera. El art. 1261.3º CC prescribe que todo contrato ha de tener su causa; en otro caso, el contrato no producirá ningún efecto (art. 1275 CC). Los casos de inexistencia de causa son la simulación absoluta y relativa (no hay causa en absoluto o hay otra sobre la que no se consintió); los contratos celebrados en fraude de ley y los supuestos de error obstativo de los contratantes sobre la causa. Contratos sin causa son también los denominados contratos abstractos, que funcionan con independencia del elemento causal y que son perfectamente legítimos en otros ordenamientos jurídicos. De todas maneras, no hay que confundir la inexistencia de causa con la causa no expresada; hay que tener en cuenta que el art. 1277 CC presume la existencia de la causa.

En segundo lugar, la causa debe ser lícita; los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno (art. 1275 CC). En este caso, es claro que la licitud de la causa se predica de la causa concreta del negocio, esto es, del fin que los contratantes han querido en el negocio. Dicho fin no puede ser contrario o incompatible con las leyes y la moral. La ilicitud debe ser probada, ya que de la causa no sólo se presume su existencia sino también su licitud (art. 1277 CC). Entre otros supuestos de causa ilícita, la jurisprudencia ha sancionado: la fijación de intereses excesivos, privación de derechos al cónyuge supérstite, contratos celebrados a perpetuidad, etc.

En tercer lugar, la causa debe ser verdadera. Dice el art. 1276 CC que la expresión de una causa falsa provocará la nulidad del contrato, salvo que se acredite que existe otra causa lícita y verdadera.

### **3.4.- La forma del contrato**

La forma, entendida como medio de exteriorización de la declaración de voluntad que de una manera predeterminada y concreta exige la ley o la voluntad de las partes en algunos casos, cumple tradicionalmente varias funciones que responden, además, a los tipos de forma que se contemplan en nuestro sistema. Conforme al valor de las formalidades se distingue, siguiendo a la doctrina tradicional: a) valor constitutivo (*ad substantiam*): la forma da lugar al negocio y basta la forma para que exista, sin necesidad de otro requisito; b) valor integrativo (*ad solemnitatem*): la forma es requisito que se exige al lado de los demás esenciales del negocio; si ella falta el negocio será nulo o ineficaz; c) valor de publicidad, que implica su eficacia general o respecto de terceros; d) mayor valor relativo, o respecto de los negocios carentes de solemnidad (así, clasificación de los créditos); e) valor probatorio (*ad probationem*), que se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido) o negativamente (excluyendo ciertos medios).

En cualquier caso, el principio en nuestro sistema es el de libertad de forma. El contrato es válido desde que existe consentimiento contractual sobre el objeto y la causa (consensualismo), sin que sea necesario ningún otro requisito adicional para su validez y eficacia. La forma concreta que revista el negocio, y que en ocasiones se exige, no cumple la función de elemento esencial (art. 1278-1279 CC), sino las que se han relacionado arriba: publicidad y valor probatorio.

La excepción a lo señalado son los contratos formales, en los que la forma se constituye como un elemento esencial, siendo que su ausencia o defecto produce la invalidez del negocio (generalmente, la nulidad de pleno derecho, aunque a veces la sanción es la anulabilidad). Como ya se vio al hablar de las clases de contratos, en el CC los contratos en los que la forma

responde a una función constitutiva o integrativa son escasos (donación de bienes inmuebles). En la legislación especial destaca el contrato de edición, que precisa de la forma escrita.

Actualmente, las normas contractuales de consumo han devuelto cierto protagonismo al requisito de la forma del contrato, ya que no son pocas las que exigen una forma o una documentación especial para el mismo, hasta el punto de que se advierte, sin duda, cierto renacimiento del principio formalista.

## **Bibliografía**

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 12ª ed., Madrid, Edisofer, 2004; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Manual de Derecho civil. Contratos*, Madrid, Bercal, 2007; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Tratado de contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, T. I; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2010; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, reimp., Madrid, Civitas, 1991; DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; PARRA LUCÁN, M. A.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Curso de Derecho civil (Obligaciones)*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2008; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil (Tomo II)*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009.

NATALIA ÁLVAREZ LATA

# **IV. DERECHO ADMINISTRATIVO PARTE GENERAL**

## **2. EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN. REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.**

## **TEMA 2.**

### **EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN. REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.**

#### **I.- EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES**

##### **I.1.- INTRODUCCIÓN**

De conformidad con el principio de legalidad, esencial en cualquier estado de derecho, la actividad de la administración debe basarse en la atribución previa de una potestad.

En este sentido, los reglamentos son la manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria, entendida cómo facultad atribuida por el ordenamiento jurídico al poder ejecutivo de dictar normas jurídicas subordinadas a las leyes.

Su fundamento es producto de la interpretación de la división de poderes llevada a cabo por los revolucionarios franceses, siendo esta interpretación de la división de poderes la que prevalece en nuestro texto constitucional que atribuye la potestad reglamentaria al gobierno en su artículo 97.

La definición común más usada para esta figura es la de una disposición jurídica de carácter general dictada por la administración y que se encuentra subordinada a la ley. Así pueden extraerse de la definición expuesta las características definidoras de la figura del reglamento: disposición de carácter general (verdadera norma, y en cuanto a tal, regulación abstracta y general de situaciones de futuro), que debe de ser

publicada y conserva vigencia indefinida. En cuanto norma viene a innovar, modificar o derogar en el escalón jerárquico que corresponda.

### **Reglamento y acto administrativo**

El reglamento presenta notables diferencias con el acto administrativo en tanto que este último es una mera aplicación del ordenamiento a un supuesto determinado, mientras que el reglamento forma parte de ese mismo ordenamiento al que innova.

El acto se agota con su cumplimiento mientras que el reglamento se refuerza con su aplicación continuada.

La potestad reglamentaria corresponde a unos órganos concretamente determinados, mientras que el hecho de dictar actos administrativos es el modo normal de expresión de cualquier órgano administrativo.

El reglamento es revocable *ad mutum* mediante su derogación, modificación o relevo, mientras que el acto administrativo está afectado por los límites de la revocación que impone la ley en garantía de los derechos que se pudieron generar para el particular.

La regla general en el caso de los reglamentos ilegales es la nulidad de pleno derecho que es la sanción más grave correspondiente a la invalidez de las actuaciones administrativas. En el caso de los actos administrativos, la regla general es la anulabilidad siendo la nulidad de pleno derecho un supuesto restringido para casos tasados.

La eficacia de los reglamentos está supeditada a su publicación en el Boletín Oficial que corresponda, y su entrada en vigor es el común de las



leyes (art. 2.1 del Código Civil), mientras que la eficacia de los actos depende de su notificación o publicación.

Con todo el anterior existe un tipo de actos cuya diferencia de los reglamentos es de difícil apreciación, nos referimos a los actos generales no normativos, que tienen como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos y pueden llegar a publicarse.

En lo que respecta a las circulares internas, órdenes de servicios e instrucciones deberá determinarse que estas no pueden considerarse reglamentos, sino que se configuran como reglas de servicio de contenido general que los titulares de los órganos administrativos dirigen a sus inferiores jerárquicos para ordenar su actuación, encuentran fundamento en la potestad de autoorganización y la estructura jerárquica de la administración. La determinación de lo que es una instrucción, orden de servicio o circular, no atiende a su denominación, sino al contenido real del instrumento jurídico. Respecto de sus efectos, son por lo general *ad intra* o internos. Tienen plena eficacia jurídica en el ámbito interno por ser vinculantes para los órganos inferiores, pero carecen de eficacia jurídica constitutiva y habilitante en el ámbito externo.

### **Reglamento y ley**

El Reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, que necesita de una justificación para cada caso, está condicionada, tiene posibilidades limitadas y tasadas, siendo libremente justiciable por el juez.

Su sumisión a la ley es absoluta y no se produce más que en los ámbitos en que aquella lo permite, sin que pueda dejarla sin efectos o contradecirla, ni suplirla cuando es necesaria.

Así lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución cuando garantiza el principio de jerarquía normativa, según el cual el reglamento complementaría a la ley, pero no podría derogarla, contradecirla, suprimirla, limitarla, suspenderla o excluirla.

En este sentido deberá establecerse que la esencia propia de la ley está en ser expresión de la voluntad popular, característica que no concurre en el reglamento en tanto que su autora, la Administración, no representa aquella mística de ser expresión de la voluntad popular.

Cualquier materia es susceptible de ser regulada por Ley, no existiendo, al contrario, materias reservadas a la regulación reglamentaria. Esta posición ordinamental de la Ley y el reglamento se expresa en el principio llamado reserva de ley, que en la actualidad tiene dos manifestaciones:

- Reserva material de ley, que comprende el conjunto de supuestos o materias respecto de los cuales la propia Constitución Española exige regulación a través de norma con rango legal. Esto supone obviamente que, aun a falta de ley, en ningún caso estas materias pueden ser reguladas por normas reglamentarias, no pudiendo degradarse mediante la denominada deslegalización, ya que tal intento sería inconstitucional. Si a pesar de lo anterior, dichas materias resultantes ordenadas por normas reglamentarias, serían nulas por contradecir los preceptos expresos en que la Constitución establece la reserva.

- Reserva formal de ley, que opera al margen de las concretas previsiones constitucionales y significa que cualquier materia, por mínima o intrascendente que sea, cuando es objeto de regulación por ley, ya no puede ser normada por reglamento. Asistimos así a una elevación automática del rango de dicha materia que la convierte en inaccesible a la potestad reglamentaria salvo, claro está, que la propia ley remita a un desarrollo posterior de alguna de sus partes por medio del reglamento.

## **Reglamento y legislación delegada**

El reglamento es una norma que dicta la Administración Pública en el ejercicio de competencia propia reconocida por el artículo 97 de la Constitución Española. Esta característica diferencia a los reglamentos de la legislación delegada en la que se ejercitan competencias legislativas previa habilitación expresa del poder legislativo, caso como por ejemplo de los Decretos Legislativos.

### **I.2.- CLASES DE REGLAMENTOS**

Existen múltiples clasificaciones de reglamentos para las que se utilizaron diversas de las características que presentan, para lo cual se mencionarán sólo algunas de aquellas que disfrutan de mayor predicamento.

#### **I.2,).- Por su relación con la ley**

- Reglamentos independientes de la ley (extra legem): son reglamentos que no completan ni desarrollan ninguna ley previa, sino que surgen al margen de toda ley de habilitación y que se sostienen por si mismos como legislación.

Sólo cabe este tipo de legislación en el ámbito de las materias organizativas y en relaciones de supremacía especial que no afecten a derechos básicos de los interesados. Por tanto no pueden existir reglamentos *ad extra* independientes de la ley, porque la creación del derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la ley en nuestro sistema jurídico.

- Reglamentos ejecutivos (secundum legem): son aquellos que se dictan en virtud de remisiones normativas de la ley en su favor para su complemento y desarrollo, precisando todo el casuismo necesario.

Permiten a la ley establecer una normativa más inmune al paso del tiempo y la determinación de tecnicismos de mayor calado.

Estos reglamentos serán informados preceptivamente por el Consejo de Estado, la necesidad de informe se orienta justo a controlar la fidelidad de la norma reglamentaria con la ley que desarrolla.

- Reglamentos de necesidad (contra legem): se dictan para afrontar situaciones extraordinarias, más concretamente de excepcional gravedad.

Su existencia en nuestro ordenamiento fue cuestionada por inconstitucional, aunque puede encontrarse fundamento para su existencia en lo preceptuado en el artículo 116 de la CE (estados de alarma, excepción y sitio). A este respecto deberá tenerse en cuenta que este tipo de reglamentos pierden su sentido con la desaparición de las circunstancias a las que dan respuesta, por lo que no debería ser ni siquiera necesario proceder a su derogación formal y expresa.

### **1.2,b).- Por la materia que regulan**

- Reglamentos administrativos: también denominados de organización, hacen referencia a los administrados que están incursos en relaciones de supremacía especial (funcionarios, sanidad pública, policía...). En estos supuestos de supremacía especial, los administrados tienen una mayor intensidad de sujeción y, por tanto, los reglamentos administrativos concederán a la administración amplios poderes que habrán de ser acatados por los particulares.

- Reglamentos jurídicos: Se refieren a las relaciones de supremacía general que unen al estado con cualquier ciudadano, la administración opera sobre los derechos y libertades de los particulares.

La importancia de la distinción que se expresa en este punto estriba en que los reglamentos jurídicos sólo pueden producirse en desarrollo de una ley previa habilitante, mientras que los administrativos, en tanto que se refieren al ámbito interno de la administración, sólo tienen que respetar el principio de reserva formal de ley, no contraviniendo la regulación que esta estableciera si existiese.

### **1.2,c).- Por su origen**

Es decir, teniendo en cuenta la administración que los dicta.

- Estatales: Reales Decretos y Órdenes Ministeriales.

- Autonómicos: Decretos y Órdenes.

- Locales: Reglamentos orgánicos y Ordenanzas.

En lo que respecta a los bandos, se duda de su carácter de normas jurídicas, en tanto que no tienen como función disciplinar la realidad social, sino que son recordatorios de la existencia de una regulación o normativa preexistente, no innovan en nada el ordenamiento jurídico.

- Reglamentos de los entes institucionales y de los entes corporativos: subordinados a los entes territoriales de los que son instrumento.

## **II.- FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

## **II.1.-FUNDAMENTOS DE LA POSTESTAD REGLAMENTARIA**

Entendida la potestad reglamentaria como poder en cuya virtud la administración puede dictar normas de carácter general, nos encontramos cuantitativa y cualitativamente ante la potestad de mayor calado de la administración y, por lo tanto, la más problemática a la hora de su justificación.

### **II.1,a).- Fundamentación material**

Desde una perspectiva material la potestad reglamentaria se puede fundamentar en las siguientes consideraciones:

- El procedimiento legislativo dificulta, entorpece, o de plano imposibilita que el ejecutivo pueda dar respuesta a todas las circunstancias económicas y sociales, o de cualquier otra índole, con las que se encuentra en aplicación de la ley.
- El carácter fundamentalmente técnico y la complejidad de ciertas materias sobre las que versan los reglamentos, implica que las cámaras legislativas no sean los órganos más idóneos para su confección, en tanto que su composición es de naturaleza eminentemente política, no técnica.
- La propia naturaleza de las materias reguladas requiere procedimientos rápidos y flexibles de modificación, derogación o sustitución, poco acordes con los procedimientos establecidos para la elaboración de las leyes, a lo que hay que añadir que ciertas de sus partes precisan de un desarrollo posterior por medio de reglamento ya que, de realizarse la discusión en el ámbito parlamentario, sería especialmente larga y dificultosa su aprobación.
- La potestad reglamentaria dota a la administración de una esfera autónoma que le permite regular situaciones no previstas por el legislador, dentro de la legalidad vigente.

Todo lo anterior no supone quitarle poder al legislativo, sino descargarlo para que no entre a regular cuestiones de detalle, y ejerza su función de adoptar las decisiones fundamentales del proceso político y de control parlamentario del Gobierno. De ahí que pueda sostenerse que la potestad reglamentaria vendría a ser una expresión más del principio de eficacia.

### **II.1,b).- Fundamento jurídico-formal**

Se pueden distinguir dos sistemas de atribución de la potestad reglamentaria:

- Sistema anglosajón donde, partiendo del monopolio normativo del legislativo, se arbitró un poder normativo del ejecutivo sustentado en la técnica de la delegación legislativa, que suple la inexistencia de un poder reglamentario.

- Sistema continental o francés, propio de los países de “régimen administrativo”, donde el ejecutivo dispone de un poder reglamentario propio y general que no necesita habilitaciones concretas y específicas.

La potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico encuentra fundamento constitucional en la redacción dada al artículo 97 de la Constitución Española, ya mencionado.

Esta potestad reglamentaria del Gobierno no deriva por tanto del legislador, sino que tiene fundamento directo e inmediato en la Constitución, donde se atribuye como una potestad distinta y claramente diferenciada de la ejecutiva. Por tanto, aunque la potestad reglamentaria está sujeta al principio de jerarquía normativa (es de rango inferior a la ley), no se limita a una mera ejecución de las leyes. En otras palabras, se otorga un margen de actuación al Gobierno. Con todo, según la STC 329/2005, del 15 de diciembre (LA LEY 2057/2005) en el Derecho español no existe reserva de reglamento (en la sentencia el Tribunal se pronunció

sobre la adecuación a Derecho de la incorporación de una Directiva mediante Real Decreto Ley).

## **2.-LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

### **II.2,a).- Competencia**

El primer límite para la aprobación válida de un reglamento es que el órgano que lo dicta tenga competencia para eso.

El artículo 97 de la Constitución Española atribuye directamente la potestad reglamentaria al Gobierno, entendiéndose por tal el Consejo de Ministros. En este caso, se trata de una potestad reglamentaria originaria, que deriva de la misma Constitución Española, y por tanto no es necesario que exista una ley habilitante.

En sentido contrario, el Presidente del Gobierno, y los Ministros sólo poseen potestad reglamentaria derivada de una habilitación legal, a este respecto aunque la constitución no otorga esa potestad tampoco prohíbe que pueda otorgarse por ley. Así el artículo 8 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (*BOE* núm. 90, del 15 de abril), y el artículo 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, (*BOE* núm. 285, del 28 de noviembre), atribuyen al presidente del Gobierno la potestad reglamentaria en materia organizativa. Respecto de los Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno, la Ley del Gobierno (art.4) les atribuyen la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.

También se deberá señalar el menor poder reglamentario del resto de autoridades y órganos administrativos inferiores a los ministros y consejeros autonómicos. Dicho poder reviste un estricto carácter doméstico



u organizativo: un exemplo de eso son as circulares e instrucións internas de la organización administrativa.

La Constitución Española, al establecer la garantía de la autonomía a favor de municipios, provincias y Comunidades Autónomas, está admitiendo de facto como contenido de dicha autonomía una potestad normativa propia de estas entidades territoriales, potestad que incluye como mínimo la reglamentaria.

En este sentido y en lo que respecta a las Comunidades Autónomas se manifiesta el artículo 153 apartado c) de la Constitución Española, cuando establece que el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá por la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que respecta a sus normas reglamentarias.

## **II.2,b).- Materia**

Límites materiales de la potestad reglamentaria son las materias no administrativizadas entre las que tradicionalmente se incluye la materia civil, mercantil, penal y procesal aunque haya ejemplos de reglamentos de algunas de ellas (registro civil, derecho hipotecario...)

## **II.2,c).- Interdicción de la arbitrariedad y principios generales del derecho**

Otro límite al ejercicio de la potestad reglamentaria es la adecuación a los hechos o, lo que es igual, el respeto por la realidad que trata de regular, lo que se enmarca dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a que hace referencia el art. 9 de la Constitución Española.

Esa regla se quiebra también cuando la legislación viola los principios generales del derecho, que constituyen otro límite más al ejercicio de la

potestad reglamentaria, ya que a diferencia de las leyes, que encarnan de forma directa la voluntad popular, los reglamentos constituyen el ejercicio de una potestad limitada.

### **II.2,d).- Jerarquía**

El principio de jerarquía normativa es otro límite, en función del cual los reglamentos se ordenan según la posición en la organización administrativa del órgano que los dicta, sin que en ningún caso el reglamento dictado por el órgano inferior pueda contradecir al dictado por el superior.

De modo particular el artículo 23 de la Ley 50/1997, del 27 de noviembre, del Gobierno establece la jerarquía entre reglamentos de la siguiente forma:

1º. Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.

2º. Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial.

Del mismo modo, por su subordinación y en atención al principio de reserva de ley ya examinado, las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

### **II.2,e).- Procedimiento**

Un límite o condición del ejercicio de la potestad reglamentaria viene dado por la necesidad de observar el procedimiento en cada caso

establecido. En este sentido esa exigencia puede considerarse de rango constitucional (art. 105 de la Constitución Española) cuando se determina que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales viene establecido en el artículo 24 de la referenciada Ley del Gobierno que dispone los siguientes trámites aplicables:

- El inicio del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, a lo que acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquel, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dé lugar.

- A lo largo del proceso de elaboración deberán solicitarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivas, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

- Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

- Asimismo y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado. Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite

cuando graves razones de interés público, que asimismo deben explicitarse, lo exijan. No será necesario el trámite previsto en el párrafo anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas participaran por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración.

El trámite de audiencia indicado no se aplica a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la Ley del Gobierno, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

- Junto a la memoria que inicia el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los informes y consultas. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos. (El informe de la Secretaría General Técnica suele considerarse como un requisito indispensable para la validez del reglamento, estando dicha disposición viciada de nulidad si no se realizara, siempre según la doctrina).

- Será preciso el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

- Se requiere su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado, entrando en vigor según la normativa establecida en el art. 2.1 Código Civil es decir, cuando se establezca en la propia norma o a los veinte días de su completa publicación en el boletín.

Como particularidades y en lo que se refiere al caso concreto de la Comunidad Autónoma de Galicia habrá de estarse a lo establecido en la Ley 16/2010, del 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (*DOG*. núm. 251, del 31 de diciembre) que regula en su Título II el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración y del Gobierno de Galicia, estableciendo un procedimiento de elaboración de disposiciones

administrativas de carácter general dividido en tres fases: inicial, intermedia y final.

Con respecto de la fase inicial, esta será desarrollada dentro de la consellería que tuviera la iniciativa normativa, requiriéndose para el inicio del procedimiento el acuerdo previo de la persona titular de la misma a quien le competará la aprobación inicial como proyecto. Las consellerías publicarán en su página web la relación de los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general que estén en tramitación, tras la aprobación del anteproyecto.

Dentro de la fase intermedia deberá siempre emitirse un informe económico-financiero por la consellería competente en materia de hacienda, debiendo aportarse cualquiera otros que sean exigidos por la legislación vigente, o considerados oportunos por la consellería que impulse el proyecto, incluyendo, si tuviera repercusiones en cuestiones de género, un informe sobre este particular.

Se regula la participación ciudadana en los términos establecidos para los reglamentos estatales, determinándose que no será necesaria para el caso de anteproyectos puramente organizativos. En el caso de afectar a la estructura orgánica, métodos de trabajo o cuestiones similares se requerirá informe favorable de la consellería o consellerías con competencias en materia de administraciones y empleo públicos. En este último caso (empleo público) las materias recogidas en el artículo 37.1 del EBEP deberán ser negociadas en la comisión de personal.

Con respecto de la fase final el proyecto será sometido al informe de la Asesoría Jurídica General, emitiéndose a continuación informe por la secretaría general técnica de la consellería impulsora, y dictamen del Consello Consultivo de Galicia, cuando fuera preceptivo según su normativa reguladora.

El titular de la consellería impulsora concluirá con una resolución mediante la cual decida desistir de la iniciativa, retrotraer el procedimiento o la aprobación definitiva del proyecto.

En el caso de los proyectos de órdenes, su probación comporta la aprobación misma de la norma concluyendo el procedimiento.

En el caso de los proyectos de decretos, una vez aprobados definitivamente, se enviarán los proyectos a todas las consellerías previamente a la reunión de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, que elevará el proyecto al consejo de la Xunta de Galicia, órgano competente para la aprobación del decreto. Será el Presidente de la Xunta el que dispondrá la publicación oficial.

Los reglamentos autonómicos deberán publicarse en el *Diario Oficial de Galicia*, y entrarán en vigor a los veinte días de su publicación, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

En lo que respecta a las entidades locales a Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, del 3 de abril), establece que en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, les corresponden en todo caso a los ayuntamientos, provincias e islas, entre otras, las potestades reglamentaria y de autoorganización.

Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos (y a la Asamblea Vecinal en el régimen de Ayuntamiento Abierto) la aprobación de la legislación orgánica y de las ordenanzas.

En el caso de las Diputaciones Provinciales corresponde, en todo caso, a su Pleno la aprobación de las ordenanzas.

Los acuerdos de las corporaciones locales se adoptan, como regla general, por mayoría simple de los miembros presentes. Existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos. No obstante lo anterior, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos de aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la corporación.

La aprobación de las ordenanzas locales deberá ajustarse al siguiente procedimiento,

- a. Aprobación inicial por el Pleno.
- b. Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- c. Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.
- d. En el caso de no existir, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

y. Las ordenanzas deberán publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia que corresponda.

## **II.2,f).- Retroactividad**

Tema discutido es si la potestad reglamentaria debe respetar la regla de la irretroactividad que la Constitución Española impone a toda clase de normas cuando son de carácter sancionador o limitativo de derechos individuales. En principio, parece lógico atenerse a ese exclusivo límite, y en consecuencia admitir que si el reglamento así lo dispone, y no concurre

el carácter sancionador o limitativo, sus normas puedan tener carácter retroactivo, de acuerdo con lo establecido para las leyes en el artículo 2.3 del Código Civil, máxime cuando se trata de normas favorables a los interesados.

En contra puede argumentarse que el artículo 83 b) de la Constitución Española veta la posibilidad de retroactividad de los Decretos Legislativos, y que la irretroactividad es también la regla general para los actos administrativos.

### **II.2,g).- Principio de inderogabilidad singular**

Lo que se denomina principio de inderogabilidad singular, que opera no como límite de la potestad reglamentaria propiamente dicho sino como límite de la actuación administrativa en relación con los reglamentos vigentes.

La denominada inderogabilidad singular pone de manifiesto la obligación de la Administración de cumplir los reglamentos por ella dictados, ya que, como disponen el artículo 23 de la referenciada Ley del Gobierno, “son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento aunque sean dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo aprobó”, y en concordancia el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general aunque aquellas tengan igual o superior rango a estas”.

Es esta una de las consecuencias más claras del principio de legalidad. Aunque la administración disfruta de un poder reglamentario, que le



habilita a promulgar y derogar normas jurídicas, queda vinculado a lo que disponen esas normas de igual forma que cualquier sujeto.

Por eso, no puede dispensar individualmente a nadie de la observancia de las reglas jurídicas aunque sea ella las que las promulgó, ni tampoco puede la propia Administración dejar de aplicarlas en un caso singular. Por otra parte, esta vinculación a la legalidad es más fuerte que los poderes derivados de la relación de jerarquía, por lo que el superior jerárquico no puede dejar de aplicar, a un caso concreto la norma promulgada por el inferior.

### **III.- REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN**

#### **1.-INTRODUCCIÓN**

Como se estableció en el punto anterior, para su validez los reglamentos deben de respetar una serie de límites de carácter formal y material que aunque se reconducen al respecto a la Constitución y a la Ley, de modo particular pueden sistematizarse en dos grandes apartados:

- Límites formales: Competencia, procedimiento y jerarquía
- Límites sustantivos: Respeto a la legalidad, principios generales del derecho, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, inderogabilidad singular, respeto a los límites impuestos por el contenido de la propia materia reglamentaria o el límite de actuación discrecional de la Administración.

Cuando cualquiera de estos límites resulta traspasado el reglamento en cuestión resultará viciado, y en este sentido amplio hay que tomar la expresión reglamentos ilegales, y no sólo en el más estricto de reglamentos contrarios a las leyes.

### **III.2.- REGLAMENTOS CONTRARIOS A LAS LEYES**

La infracción por un reglamento de cualquiera de los límites citados traerá consigo la sanción de nulidad de pleno derecho, como se desprende del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, según el cual son nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Se trata esta de una característica, ya citada, que diferencia al reglamento de los actos administrativos, donde la regla general es la anulabilidad, y eso tiene su fundamento, conforme señala la jurisprudencia y confirma el mayoritario sentir doctrinal, en que si la ilegalidad de un reglamento determinara una mera anulabilidad, quedaría al arbitrio de los particulares el mismo sistema de producción normativa.

Así los reglamentos que violan cualquiera de los límites formales y materiales señalados incurren en la sanción de nulidad de pleno derecho, que es la más grave que en este ámbito prevé el ordenamiento jurídico para la represión de este tipo de actuaciones. Esta gravedad tiene su causa directa en la trascendencia jurídica de los reglamentos, que pueden afectar a un número amplísimo e indeterminado de relaciones jurídicas.

Ahora bien, dado que el reglamento nulo puede tener cierta apariencia de legalidad, el ordenamiento jurídico se dotó de una serie de medios técnicos de reacción frente a los reglamentos ilegales. Pueden señalarse cómo tales los siguientes:

### **III.2,a).- Medios pasivos: la inaplicación**

Es el medio por excelencia arbitrado por el ordenamiento jurídico frente a los reglamentos ilegales, inaplicación que puede llevarse a cabo por los jueces y tribunales, pues cómo establece el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 157, del 2 de julio): “los jueces o tribunales no aplicarán reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

El ordenamiento deberá reaccionar con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él suponen la existencia de un reglamento ilegal. A tales efectos, la mera publicación de un reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a esta habrá que cuestionarse, por todos los destinatarios y substancialmente por los jueces, si esa aplicación no implica una contradicción con las leyes, enjuiciamiento previo, que en su caso habrá de conducir a rechazar la aplicación de la legislación con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la ley por él violada.

En este sentido conviene distinguir la inaplicación de la anulación. Anular una norma consiste en declarar imperativamente con efectos jurídicos *erga omnes* la invalidez de la misma. Los efectos de esta declaración se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica, siendo permanentes y de vigencia indefinida. La anulación proporciona seguridad jurídica y economía procesal, en tanto que se produce la expulsión de la norma del ordenamiento de una vez y para siempre.

La sola inaplicación judicial de un reglamento inválido, y como consecuencia de su mera eficacia inter partes, podría crear cierta inseguridad jurídica. El escenario que sería deseable en estos casos sería una pronta aclaración sobre la validez o invalidez del reglamento que no se aplica, y es que la seguridad jurídica siempre requiere la rápida anulación

de los reglamentos inválidos. A pesar de lo anterior no se impone necesariamente que primero tenga que ser la anulación y luego la inaplicación. El funcionamiento de la cuestión de ilegalidad constituye buena prueba de eso.

En lo que se refiere a la inaplicación del reglamento en el seno de la propia administración deberá tenerse en cuenta que la posición doctrinal mayoritaria conviene en reconocer que esta posibilidad de inaplicación viene exigida por la celeridad y eficiencia con las que debe producirse la actividad administrativa. La administración no puede interrumpir los procedimientos administrativos para proceder a iniciar una revisión de oficio o para impugnar los reglamentos ante los tribunales, puesto que los intereses afectados por las decisiones administrativas demandan en la mayoría de las ocasiones una decisión rápida, inmediata incluso, incompatible con la dilación de la adopción de los medios que se citan.

La inaplicación será en consecuencia la técnica por excelencia arbitrada por el ordenamiento frente al reglamento ilegal pero no obstante lo anterior puede no ser suficiente para luchar contra los reglamentos ilegales al ser por esencia un remedio pasivo.

## **II.2,b).- Modos activos: la impugnación**

A inaplicación a la que se hace referencia en el punto anterior convive con otros remedios activos o medios de impugnación. Así:

### ● Recurso Contencioso Administrativo

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, del 14 de julio), encomienda a los tribunales de esta jurisdicción controlar la legalidad de los reglamentos y declarar la nulidad de los que estén afectados de algún vicio, así el tenor

literal de su artículo 1 determina que los Juzgados y Tribunales de esta orden conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones generales de rango inferior a la ley, y así lo reitera en su artículo 25, del mismo modo en que la Constitución declara, en efecto, que los tribunales controlarán la potestad reglamentaria.

Este recurso es el único que puede interponerse de forma común contra los reglamentos, ya que el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, declara que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabe recurso en vía administrativa, aunque permita, por el contrario, recurrir en vía administrativa los actos dictados en aplicación de una disposición general con base en la ilegalidad de la misma, supuesto en que el recurso administrativo podrá interponerse directamente ante el órgano que dictó la disposición.

En este sentido y con relación a los recursos contencioso-administrativos deberá hacerse la siguiente diferenciación:

- ▶ Recurso directo mediante el que se impugna la disposición de carácter general y que suele suponer cierta economía procesal al evitar multitud de litigios.
- ▶ Recurso indirecto mediante el que se impugna un acto dictado en aplicación de una disposición general, y que se funda en que esta última no es conforme a Derecho.

El plazo para la interposición de los recursos será de dos meses contados a partir del día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses a contar a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa, se produzca el acto presunto.

El recurso indirecto no está condicionado por el hecho de haberse interpuesto el recurso directo, ni por la desestimación del recurso directo presentado.

El artículo 27 del mismo texto normativo determina que cuando un juez o tribunal de lo Contencioso Administrativo hubiera dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de una disposición general aplicada, deberá exponer la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo:

- ▶ Cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuera también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
- ▶ Sin necesidad de exponer la 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.

● Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona

Se trata de un procedimiento contencioso-administrativo especial preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales, para lograr la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de disposiciones susceptibles de impugnación, y también para la condena al cumplimiento de obligaciones soslayadas por la inactividad administrativa, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades.

La sentencia estimará el recurso cuando la disposición incurra en cualquiera infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de

poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.

### ● Impugnación en vía constitucional

Previo el examen del art. 161.1 de la Constitución Española, con carácter general, cabe indicar que no se admite recurso de inconstitucionalidad en materia reglamentaria salvo el caso previsto en el apartado 2º de ese mismo precepto según el cual “El gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal en su caso deberá levantarla o ratificarla en un plazo no superior a cinco meses”. Así, según establece el artículo 76 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 239, del 5 de octubre), dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación, o desde que llegase a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas.

En este apartado deberá hacerse referencia al recurso de amparo en relación con los reglamentos nulos. El artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determina que procede la interposición de un recurso de amparo contra las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30 de la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, una vez que se agotó la vía judicial procedente. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- ▶ Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que impidan el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.
- ▶ Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- ▶ Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Puede resultar de interés a STC 254/2006, del 4 de julio (LA LEY 319635/2006) en la que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la modificación por Real Decreto de la condición de funcionarios de los Cuerpos y Escalas de Correos y Telecomunicaciones que pasen a prestar servicios para la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

#### ● Revisión de oficio

Como control interno de los reglamentos ilegales dentro del seno de la propia administración deberá hacerse mención a la revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos que la ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su título VII y que determina que en cualquier momento, de oficio, y con el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (en el caso de la gallega, el Consello Consultivo) si lo hubiere, las Administraciones Públicas podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2 del mismo texto. La nulidad priva de toda posibilidad de convalidación al reglamento viciado.

## **IV.- REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES**



Existen normas que aunque no proceden de las administraciones públicas comparten con los reglamentos la misma denominación, es el caso singular y atípico de las normas que rigen los órganos constitucionales como son las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Aunque comparten el nombre con las anteriores disposiciones son significativas las diferencias que median entre unas y otras. Por una parte su origen, aquí se trata de disposiciones procedentes de órganos constitucionales muy concretos y no del poder ejecutivo como es el supuesto general, y por otro su ámbito, los reglamentos de estos órganos constitucionales regulan sólo ciertos aspectos de los mismos, como manifestación de su autonomía, frente al Gobierno, mientras que los reglamentos administrativos abordan todos los aspectos externos que la ley no pudo o no quiso regular.

#### **IV.1.- Las Cortes Generales**

En el caso de las cámaras legislativas los reglamentos internos de las mismas son una manifestación de su poder de autoorganización, que se reconoce expresamente en el artículo 72 del texto constitucional cuando determina que las Cámaras establecen sus propios reglamentos.

Algunos autores entienden que se trata de auténticas leyes en la medida en que proceden del poder legislativo y enlazan directamente con la norma constitucional, que es su antecedente y único límite. El hecho de que su producción no requiera el concurso de las dos cámaras en nada mengua su identidad de naturaleza con respecto a las demás leyes, pues su posición en el ordenamiento es la misma que la de estas, con independencia de que por su objeto no puedan exceder del ámbito interno de funcionamiento parlamentario.

En contra de esta postura otro sector de la doctrina afirma que los Reglamentos de las Cámaras aunque son actos del poder legislativo, no son leyes en sentido formal, puesto que no son aprobados por ambas las cámaras, no son sometidos a la sanción del Jefe del Estado ni objeto de promulgación.

La importancia del reglamento parlamentario viene derivada de su contenido. En ellos se recogen decisiones importantes para la vida del Estado, ya que establecen, entre otros, los procedimientos de aprobación de las leyes, del desarrollo de los debates parlamentarios y de la resolución de la moción de censura y cuestión de confianza.

Su relación con las demás leyes debe explicarse no en función del principio de jerarquía sino del principio de competencia, es decir en función del ámbito material que la Constitución les reserva. En este sentido puede mantenerse que los reglamentos de las cámaras forman parte del parámetro de constitucionalidad en el sentido de que una ley puede ser inconstitucional si no se elaborara conforme lo determinado en estos reglamentos.

Por lo que se refiere a su contenido, puede afirmarse que en los Reglamentos de las Cámaras contienen dos tipos de normas:

- 1º. Normas de importancia externa, reguladoras de las relaciones de las Cámaras con otros poderes y sujetos públicos o privados.
- 2º. Normas internas relativas a su organización, composición y funcionamiento.

Desde otro punto de vista atendiendo a su relación con los preceptos constitucionales pueden distinguirse:

- 1º. Normas que constituyen una repetición formal de las reglas constitucionales.
- 2º. Normas de desarrollo de los principios constitucionales referentes a la estructura y funciones de la cámara.
- 3º. Normas de interpretación de los principios constitucionales.
- 4º. Normas innovadoras emanadas de los propios reglamentos, que regulan institutos jurídicos no previstos en la Constitución.

En cuanto a su rango en la pirámide normativa, algunos autores colocan a los reglamentos de las Cámaras en el escalón ya inferior a la ley, aunque cabe decir que el reglamento no es inferior ni superior a la ley, sino que ambos, teniendo idéntica fuerza normativa, operan en ámbitos materiales diferentes (principio de competencia).

El procedimiento de elaboración de los reglamentos viene previsto en el art. 72.1 de la Constitución, que exige que su aprobación y reforma tenga lugar por mayoría absoluta de la cámara implicada en votación final sobre el texto completo.

En lo relativo a su control, cabe apuntar que el artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ya referenciada) dispone que los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales y los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad. Por tanto, esta potestad autonormativa, como se ha venido señalando, está sujeta a la propia Constitución, principio que no hace más que recoger lo dispuesto en el art. 9.1 de la misma según el cual los poderes públicos están sujetos a la norma suprema y al resto del Ordenamiento.

#### **IV.2.- Demás órganos constitucionales**

En el caso de los reglamentos de los demás órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional) no cabe, en nuestro ordenamiento jurídico otorgarles la naturaleza jurídica de las leyes, ya que ni proceden del órgano legislativo, ni se ordenan a la constitución de modo directo, sino a través de las leyes orgánicas correspondientes, aunque expresan, eso sí, la autonomía e independencia funcional de los órganos de los que proceden y a los que, de este modo, se quiere poner a cubierto de eventuales injerencias del ejecutivo. Es el caso de los reglamentos que sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, puede dictar el Tribunal Constitucional según prevé el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “... El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en pleno, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, autorizados por su presidente”.

Lo mismo cabe decir de los reglamentos que, al amparo del art. 110 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (ya referenciada), se podrán dictar sobre su personal, organización y funcionamiento, en el marco de la legislación sobre la función pública y en desarrollo de la propia Ley Orgánica para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar.

Estos reglamentos podrán establecer condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar este en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley, en aquellos en que así se prevea en esta u otra ley y, especialmente, en las siguientes materias:

- Sistema de ingreso, promoción y especialización en la Carrera Judicial, régimen de los funcionarios judiciales en prácticas y de los jueces adjuntos y cursos teóricos y prácticos en la Escuela Judicial, así como organización y funciones de esta.
- Forma de distribución entre turnos y de provisión de plazas vacantes y desiertas de jueces y magistrados.

Los proyectos de reglamentos de desarrollo se someterán a informe de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados y de las corporaciones profesionales o asociaciones de otra naturaleza que tengan reconocida legalmente representación de intereses a los que puedan afectar. Se dará intervención a la Administración del Estado, por medio del Ministerio de Justicia, y a las de las comunidades autónomas siempre que una y otras tengan competencias relacionadas con el contenido del reglamento o sea necesario coordinar estas con las del Consejo General. Se solicitarán las consultas y los estudios previos que se consideren pertinentes y un dictamen de legalidad sobre el proyecto.

El Ministerio Fiscal será oído cuando le afecte la materia sobre la que verse el proyecto. En todo caso, se elaborará un informe previo de impacto de género.

Estos reglamentos, requerirán su aprobación por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por mayoría de tres quintos de sus miembros, deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado y autorizados por el Presidente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991.

- De Otto y Pardo, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1994.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000.
- González Pérez, J. y González Navarro, Jesús: *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común II*, Civitas, Madrid, 2004.
- Melero Alonso, E: “El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática del Derecho”, en *Cuadernos Const de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38/39, 2002.

<http://laleydigital.laley.es/Content/Busqueda.aspx>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE.**

### **3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GALICIA: LEYES DE GALICIA. DECRETOS LEGISLATIVOS. REGLAMENTOS. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DEL DERECHO GALLEGO.**

### **TEMA 3.**

## **EI ORDENAMENTO JURÍDICO DE GALICIA: LEYES DE GALICIA. DECRETOS LEGISLATIVOS. REGLAMENTOS. EI RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DEL DERECHO GALLEGO.**

### **I.- EL ORDENAMENTO 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 que deberá contener:

- El texto articulado que constituya la proposición de ley, que deberá ir precedido de una exposición de motivos.
- Una exposición de las razones que aconsejen la tramitación y aprobación de la proposición de ley.
- Una relación de los miembros de la denominada Comisión Promotora, debiendo figurar las firmas y datos personales de cada uno de ellos, y

con la indicación de la dirección que se señale para los efectos de notificaciones y comunicaciones.

Éstas serán un mínimo de 10 personas que deberán tener la condición de electores gallegos, y que no podrán ser Diputados del Parlamento de Galicia ni personas incursoas en cualquiera de las causas de incompatibilidad e inelegibilidad de las establecidas para las elecciones gallegas.

Una vez recibida la documentación anterior, la Mesa del Parlamento se encargará de examinarla, debiendo resolver sobre la admisión en el plazo de un mes. La decisión contraria a la admisión de la proposición de ley es susceptible de recurso de amparo por la Comisión Promotora. En este punto puede ser de interés la STC 76/1994, del 14 de marzo (LA LEY 2497-TC/1994), que niega el amparo a los/las parlamentarios/-as vascos/-as que recurrieron el acuerdo de inadmisión de la proposición no de ley (que dichos diputados, constituidos en Comisión Promotora, presentaron como una propuesta de iniciativa legislativa popular con base en la Ley Vasca 8/1986, del 26 de junio, reguladora de la materia, para que el Gobierno Vasco solicitara de las Cortes Generales una reforma de la Constitución). 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.

Sólo 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 comenzará por aquellas que propongan la devolución del proyecto a la Xunta de Galicia.

En caso de que se acordara la devolución del proyecto, este quedará rechazado y el/la Presidente/a del Parlamento lo comunicará 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 sólo 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 nombrará 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, comenzará el debate del texto en Comisión, examen que se realizará artículo por artículo. Durante

esta discusión la Mesa de la Comisión podrá admitir nuevas enmiendas a trámite siempre que tengan como propósito alcanzar un acuerdo por aproximación entra enmiendas ya formuladas y el texto del artículo. Para el caso de que la Comisión acuerde incorporar la exposición de motivos como preámbulo de la ley, las enmiendas presentadas en relación con la exposición se discutirán al final del articulado.

En los debates realizados en el seno de la Comisión, la Presidencia de la Mesa de la Comisión ejercerá las funciones que se confieren a la Presidencia y a la Mesa del Parlamento.

El dictamen de la Comisión será 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 comenzará 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 cerrará con otro turno de 5 minutos en el que cada unos 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, terminológicas o gramaticales.

Por último, 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 podrán 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 presentarán 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 ordenará 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 cómo 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 sólo podrá hacerse efectiva si la aceptara el Pleno del Parlamento.

► Procedimientos legislativos especiales

**Proyectos y Propositiones 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 sólo 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 acumularán en el mismo las enmiendas de devolución global o la de cualquier sección o centro gestor de gasto. Sólo 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 más se adecúe a la estructura del presupuesto. El debate final de los presupuestos en el Pleno del Parlamento se desarrollará 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 tramitarán 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 ésta, 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 del 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 aplicará 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

aplicarán las normas generales. El Pleno de la Comisión seguirá el trámite que se prevé para la deliberación en el Pleno de la Cámara.

### **Tramitación de un proyecto de ley en lectura única**

Será 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 será 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 sólo 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 (*BOE* núm. 212, de 5 de septiembre), modificada por la Ley 11/1988 (*BOE* núm. 283, de 25 de noviembre), la Ley /2007 (*DOG* núm. , de 13 de abril) y por la Ley 12/2007, del 27 de julio (*BOE* núm. , 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 sólo.

Las Leyes de Bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 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 determinarán el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación. Especificarán 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 llevará 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, fórmulas adicionales de control parlamentario.

Cuando una proposición de ley o una enmienda sea contraria a una delegación legislativa en vigor, la Xunta de Galicia está 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 fórmula 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. Adoptarán 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 considerarán 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 órdenes las aprobadas por las personas titulares de las consellerías.

Los decretos se firmarán 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 órdenes se firmarán 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-Órdenes 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 públicas 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 límite 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 realizará 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 cuál 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 respeto 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 sólo 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 esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.
- 3.-El Derecho estatal, será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Tomando en consideración las determinaciones anteriores podemos extraer distintas conclusiones:

- Las competencias que el texto constitucional no recoge cómo exclusivas del Estado pueden ser asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia en su estatuto. Así les será aplicable el Derecho propio de Galicia, en su carácter de exclusivas, tanto a las competencias del artículo 148 que sean asumidas, como las que no se recojan expresamente en el artículo 149 y que fueran objeto de asunción por la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Las competencias no asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia, ya sean de las incorporadas al artículo 148 o de las que puede asumir por no estar contempladas en el artículo 149, corresponderán al Estado. En este caso se determina por la Constitución una prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico para el caso de conflicto. En cualquier caso, es decir, aun hablando de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma gallega, el Derecho estatal es siempre supletorio del Derecho Gallego.



En lo que respecta a la referencia final del artículo 38 (que dice que el Derecho estatal, será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas) debe entenderse hecha al deber de respeto por el Estado, quien tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución Española), de las normas que constituyen el Derecho Civil gallego cómo 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 sólo en ausencia de ley gallega aplicable, y en ausencia de ley y costumbre se aplicará supletoriamente el derecho civil general del Estado, siempre que no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.

Las novedades más 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 más 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 último 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, cómputo 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 esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Se trata de la denominada **cláusula de prevalencia** según la cuál 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 últimas.

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 respecta 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.**

# **4. LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ADMINISTRADO. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRARLAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL ADMINISTRADO. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO.**

## **TEMA 4.**

**LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ADMINISTRADO. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL ADMINISTRADO. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO.**

### **LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA**

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.

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.

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. 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, 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. 57.1 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 94 señala que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los art. 111 y 138 para la suspensión de su eficacia y para las resoluciones sancionadoras que no



ponen fin a la vía administrativa, y salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior. En consecuencia, según el art. 95, 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.

## **LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

No hay una sola Administración pública, sino una pluralidad de Administraciones públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas. Junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades autónomas, las Administraciones locales (provincias, municipios, entidades locales menores), 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).

A efectos de la aplicación de las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, el art. 2 de la Ley 30/1992 señala que se entiende por Administraciones públicas la Administración general del Estado, las Administraciones de las Comunidades autónomas, y las entidades que integran la Administración local. Asimismo, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas tienen

asimismo la consideración de Administración pública, aunque sólo sujetarán su actividad a la Ley 30/1992 cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

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.

El art. 3 de la Ley 30/1992, en desarrollo del art. 103 de la Constitución, señala 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. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima, y en sus relaciones con los ciudadanos actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

El art. 3 de la Ley 30/1992 añade que las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades autónomas y de los correspondientes de las entidades que integran la Administración local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el art. 3 de la Ley 30/1992 proclama que cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

## **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).

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 de supremacía general (desde la perspectiva de la Administración), o relación de 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 de supremacía especial (desde la perspectiva de la Administración), o relación de 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.

## **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. 30 de la Ley 30/1992).

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).

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).

Otras circunstancias modificativas son, por ejemplo, la condena penal, la declaración de concurso o de insolvencia o las sanciones administrativas.

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.

## **LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL**

El administrado, al actuar en el tráfico jurídico 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.

## **SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL 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.

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 (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 (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 renunciabile.

- 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 o 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 o 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 no lo es en la mayor parte de los casos.

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.

## **SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO**

Se pueden incluir en este grupo tres clases diferentes: la sujeción, el deber y la obligación.

La sujeción 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.

## SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER MIXTO

Se pueden incluir en este grupo tres 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 civil, 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.

## LOS COMPLEJOS DE SITUACIONES JURÍDICAS: LOS STATUS

El status 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 status 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. P.ej., el status de español/extranjero, el status de vecino, el status de funcionario público, el status de concesionario, etc.

LUIS MIGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 21ª edición, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edición, y II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, I, 18ª edición, y II, 21ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, I y II, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

**5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD  
DE LA ADMINISTRACIÓN: SU  
CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. LAS  
POTESTADES  
ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO.  
LA ATRIBUCIÓN DE  
POTESTADES. POTESTADES  
REGLADAS Y POTESTADES  
DISCRECIONALES. EL CONTROL  
DE LA DISCRECIONALIDAD: EN  
ESPECIAL, EL CONTROL DEL FIN  
Y LA DESVIACIÓN DE PODER. EL  
PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**

## **TEMA 5.**

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER. EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**

### **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).

## **LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO**

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.

Finalmente, la potestad, a diferencia de los derechos subjetivos, no es transmisible, ni renunciable, ni prescriptible (GARCÍA DE ENTERRÍA, COSCULLUELA MONTANER).

## **LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES**

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 sustancial 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.

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 (GARCÍA DE ENTERRÍA).

## **POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES**

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.

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).

## **EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER**

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 del ejercicio de potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión es, por regla general, un control meramente negativo.

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.

Porque si bien la ley otorga un margen de apreciación o de decisión a la Administración, la elección que adopte ésta en el ejercicio de dicho margen no debe respetar tan sólo los límites -formales o materiales- que al mismo le imponga la propia ley que lo otorga (los aspectos reglados de toda potestad), sino también el conjunto de principios que integran el ordenamiento jurídico y que deben ser siempre observados, con independencia de que la ley programe la actuación de la Administración con mayor o menor intensidad. Recuérdesse una vez más que la Administración no sólo está sometida a la ley, sino también al Derecho (art. 103.1 CE).

Veamos entonces de manera algo más detenida cuáles son concretamente los límites jurídicos que la Administración debe respetar a la hora de ejercer una potestad discrecional, y cuya observancia puede -y debe- fiscalizar el juez contencioso--administrativo en caso de impugnación. Si la Administración infringe alguno de estos límites, su decisión discrecional adolecerá de un vicio jurídico que determinará su anulación.

- El control de los hechos. 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 judicialmente.

Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en los casos en que la norma describe el supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados, ya 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 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. 54.1.f) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común]. Esta última exigencia no posee sólo una relevancia meramente formal sino también material para el control -que mencionaremos enseguida- 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 63.1 de la Ley 30/1992 dispone que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*”. Igualmente, el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que “la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*”. Este precepto legal define asimismo el concepto de desviación de poder. Conforme a lo que establece en su párrafo segundo, “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Aunque la Ley no lo limita expresamente a las potestades discrecionales, es éste un vicio típico del ejercicio de esta clase de potestades. Téngase en cuenta que si se trata de una potestad reglada y la actuación administrativa se corresponde puntualmente con la única permitida por el ordenamiento jurídico, resulta del todo irrelevante desde el punto de vista jurídico si la Administración actuó animada o no por el fin para el que la potestad ejercida le ha sido atribuida.

Por el contrario, si la potestad actuada es discrecional y la decisión de la Administración se adopta en apariencia dentro de los límites del margen de decisión que le confiere dicha potestad, sí resulta plenamente relevante saber si la decisión ha sido adoptada o no para el fin para el que la potestad discrecional le ha sido atribuida a la Administración. Sin embargo, se trata de un vicio normalmente difícil de probar en la práctica procesal.

La desviación de poder descansa en la consideración del significado esencial de la potestad. Ésta se atribuye 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 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 aquéllos 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. La doctrina así entendida no afirma 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 que las presunciones razonables y los indicios suficientes deben bastar cuando son 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. Finalmente, el límite jurídico más importante que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de potestades discrecionales es el deber de observancia de los principios constitucionales y principios generales del Derecho a los que se hallan sometidos en su actuación todos los poderes públicos.

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.

Sin embargo, el control en derecho que permiten tales principios no es un control positivo sino meramente negativo. No tiene por objeto

comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, consistente precisamente en la infracción de alguno de dichos principios.

Si la actuación impugnada no adolece de ningún vicio, será plenamente conforme a Derecho y deberá ser confirmada por el juez contencioso-administrativo, aunque pueda haber otras alternativas que lo serían igualmente. La elección entre éstas no puede ser revisada en sede jurisdiccional, pues siendo todas ellas inobjetables desde un punto de vista jurídico, cualquier pretensión revisora desbordaría los límites propios de un control en derecho, penetrando de lleno en el ámbito del juicio sobre la oportunidad o el acierto de la decisión adoptada por la Administración, cuya revisión le está vedada a la jurisdicción.

Adicionalmente, se ha de tener en cuenta que los principios jurídicos sólo vinculan a la Administración negativamente. Es decir, sólo prohíben aquellas actuaciones que conculcan de manera notoria o manifiesta los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no predeterminan positivamente cuál sea la que proceda adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio.

En consecuencia, estos principios no anulan o agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración, sino que sólo le imponen límites a su ejercicio.

Si la Administración los desborda (porque elige una solución arbitraria, desproporcionada o discriminatoria), el juez contencioso-administrativo anulará la decisión administrativa impugnada, pero no ordenará su sustitución por otra, pues -aun descartada la opción anulada-

podrá seguir habiendo una pluralidad de decisiones alternativas posibles que, sin incurrir en infracción de ningún principio jurídico, puedan ser legítimamente adoptadas por la Administración en el ejercicio de su margen de apreciación o de decisión. Como se ha dicho, la opción por cualquiera de éstas corresponde a la Administración, y la elección que ésta lleve a cabo no es susceptible de un control en derecho.

Sólo excepcionalmente los principios jurídicos agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración. Ocasionalmente puede darse algún caso en que, no obstante gozar la Administración inicial o formalmente de un margen de apreciación o de decisión, proceda entender que tan sólo una única actuación no estaría incurso en infracción de algún principio jurídico, por apreciarse que cualquier otra imaginable en el caso concreto infringiría necesariamente alguno de estos principios.

En estos casos la doctrina habla de un agotamiento o, en terminología acuñada por la dogmática alemana, de una *reducción a cero* del margen de apreciación o de decisión.

Tal agotamiento del margen de apreciación o de decisión determina que la potestad actuada se transforme en el caso concreto en una potestad reglada (dado que en el caso sólo una única solución se ajusta a Derecho). En consecuencia, el control jurisdiccional de la actuación impugnada será también en estos casos un control positivo (y no meramente negativo, como sucede normalmente cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (BACIGALUPO SAGESSE, COSCULLUELA MONTANER).

## **EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA**



En el supuesto de que un particular quisiera hacer cumplir a otro una obligación que efectivamente ha contraído, sin que acepte el cumplimiento voluntario de la misma, el particular acreedor debe 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.

A diferencia de esta situación entre particulares, el principio o privilegio de autotutela de la Administración 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.

Así, el art. 56 de la Ley 30/1992 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. 57.1 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 94 señala que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los art. 111 y 138 para la suspensión de su eficacia y para las resoluciones sancionadoras que no ponen fin a la vía administrativa, y salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten 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. 95 de la Ley 30/1992 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.

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 cautela, 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-administrativa 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 autotela ejecutiva o ejecutoriedad de aquéllos.

- 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).

- La imposibilidad de interponer interdictos contra la actuación formalmente correcta de la Administración (art. 101 de la Ley 30/1992). La prohibición de interdictos 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).

LUIS MIGUEZ MACHO

## **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, 21.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edición, y II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

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

**7. 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 7: 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 recientísimo 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 (en la actualidad la Dirección Xeral de....) 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 fines 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 información 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 consentimiento 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 dicho 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 integridad y actualización 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, por ejemplo, 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, la guía de procedimientos y servicios, al “Diario Oficial de

Galicia” (cfr. el art. 13 del DAEXG sobre su edición electrónica que sustituye a la impresa), a la “plataforma de Contratos Públicos de Galicia”, etc.

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).

## **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 reconocidos, admitidos por las Administraciones Públicas que tengan validez en Galicia y que se especifiquen en la sede electrónica (cfr. art. 14, 2, b) y 16 del DAEXG; 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).

## **REXISTROS, COMUNICACIONS E NOTIFICACIONS 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- inmediateamente 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 algunas determinaciones jurídicas: los sujetos -públicos y privados- que pueden iniciar o activar el procedimiento, la disponibilidad de modelos o sistemas electrónicos de solicitudes en la sede electrónica, la forma de aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos, la

identidad de los órganos que resuelven el procedimiento, las notificaciones de las resoluciones, etc. (cfr. art. 22 DAEXG).

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 indentificado con un “código de clasificación normalizado” (cfr. art. 33, 4 DAEXG).

La formación de los expedientes electrónicos es responsabilidad del órgano que disponga la normativa de organización específica (cfr. art. 33, 6 DAEXG ) debiendo someterse –los que deban ser objeto de remisión o puesta a disposición- a varias reglas que contiene el art. 33, 7 del DAEXG:

- a) Los expedientes electrónicos dispondrán de un código que permita su identificación unívoca por cualquier órgano de la Administración en un entorno de intercambio interadministrativo.
- b) El foliado de los expedientes electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico, firmado electrónicamente 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).

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).

FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA,  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña

## **BIBLIOGRAFÍA SUMARIA**

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *e-Administración*, Universidad Oberta de Cataluña, 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.: *Anotacións e comentarios ao Decreto de administración electrónica: Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da administración*

*electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes*, Colegio Profesional de Ingeniería en Informática de Galicia, 2011.

VALERO TORRIJOS, J.: *Régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª edición, Comares, Granada, 2007

Julio de 2011

## **8. EL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CIUDADANO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL SISTEMA DE QUEJAS Y SUGERENCIAS. LAS CARTAS DE SERVICIOS.**

## **TEMA 8.- EL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CIUDADANO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL SISTEMA DE QUEJAS Y SUGERENCIAS. LAS CARTAS DE SERVICIOS.**

### **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 transcendente 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 los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras Leyes.*
- 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.

#### **a) 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.

#### **b) 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 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 36.2.D.a) del Decreto 7/2011, del 20 de enero, por lo que se establece la estructura orgánica 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. EL SISTEMA DE QUEJAS Y SUGERENCIAS**

### **4.1 Régimen jurídico de las sugerencias y quejas.**

El artículo 25 delimita el régimen jurídico de las sugerencias y quejas:

1. Los ciudadanos e instituciones públicas o privadas podrán formular las sugerencias o quejas que cuiden convenientes sobre el funcionamiento de los servicios públicos de la Administración autonómica con el fin de mejorar la calidad de los mismos.
2. Las sugerencias y quejas formuladas según lo dispuesto en el punto anterior, no tendrán en ningún caso la cualificación de recurso administrativo ni su presentación suspenderá los plazos establecidos en la normativa vigente.
3. La presentación de sugerencias y quejas no condiciona en ningún modo el ejercicio de las restantes acciones o derechos que, de conformidad con la normativa reguladora de cada procedimiento, puedan ejercer los que figuren en él como interesados.

### **4.2.- Forma de presentación de las sugerencias y quejas.**

1. La forma de presentación de las sugerencias y quejas podrá ser:
  - a) Por escrito dirigido a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, que contendrá los datos de la oficina tramitadora, nombre del funcionario y los hechos que motivaron la sugerencia o queja, los datos que permitan la identificación del ciudadano para los efectos de su notificación, así como el objeto de su sugerencia o reclamación.

Para estos efectos, se publica como anexo VI del Decreto, un modelo impreso del cual se facilitarán ejemplares en todas las oficinas de registro.

- b) Por correo electrónico o a través de internet accediendo a la página web de la Consellería da Presidencia, Administracións Públicas Xustiza. Igualmente en este caso, las sugerencias o quejas irán dirigidas a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, debiendo figurar el nombre, apellidos y domicilio para los efectos de notificación.
2. En el caso de quejas o sugerencias que afecten a organismos o instituciones ajenas a la Administración autonómica, se le dará traslado de ellas a quien corresponda notificándoselo al interesado.
3. Las sugerencias y quejas podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 7º del Decreto:
- a) En cualquiera de las oficinas de registro, propias o concertadas, de la Administración de la comunidad autónoma que se determinan en los anexos I e II de este decreto y, si es el caso, a través del Registro Telemático.*
  - b) En cualquier oficina de registro de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración general del Estado y a la de cualquier Administración de las comunidades autónomas.*
  - c) En las oficinas de correos en la forma establecida reglamentariamente.*
  - d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.*
  - e) En cualquiera otro que establezcan las disposiciones vigentes.”*

#### **4.3.- Procedimiento de tramitación de quejas.**

El artículo 27 establece el procedimiento de tramitación de las quejas, indicando las fases siguientes:

1. Recibida la queja en las oficinas o registros de la Administración Autonómica, se le dará traslado inmediato de ella a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

2. Una vez recibida en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, ésta, por su parte, le dará traslado de la queja a la Secretaría Xeral Técnica de la consellería afectada por ella, quien en el plazo de 15 días deberá remitir informe al respecto, en el que se añada una propuesta de actuación en relación con la queja.
3. Una vez emitido el informe y recibido en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, ésta dará traslado del mismo al interesado, dándole un plazo de 10 días para que formule las alegaciones que cuide oportunas.
4. A la vista del informe solicitado, y de las alegaciones formuladas por el interesado, la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, podrá adoptar alguna de las medidas siguientes:
  - a) Recomendar la adopción de las medidas tendentes a la enmienda de la/las anomalía/as detectadas.
  - b) Formular una propuesta de mediación con el interesado, cuando la entidad del asunto lo permita y sea aceptada por el interesado.
  - c) Proponer la incoación de un expediente disciplinario cuando se constate la existencia de alguna de las causas previstas legalmente para su incoación.
  - d) Cualquiera otra medida, tendente a solucionar la queja formulada.

En todo caso, y en el plazo de 20 días contados desde la recepción de la queja en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, esta deberá notificar al interesado las actuaciones llevadas a cabo al respecto.

5. En el supuesto de que expire el plazo de 15 días para que la correspondiente Secretaría General Técnica emita el informe



solicitado, la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, le remitirá nuevo escrito advirtiéndolo del deber de emitir el informe solicitado con la mayor brevedad posible, poniéndolo en conocimiento de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza para su elevación a la Comisión de Secretarios Xerais Técnicos.

#### **4.4.- Procedimiento de tramitación de sugerencias.**

Una vez descrito el procedimiento de tramitación de las quejas, el artículo 28 establece el procedimiento de tramitación de las sugerencias, que es más sencillo y consta de las siguientes fases:

1. Recibida la sugerencia en las oficinas o registros referidos, se dará traslado de ella a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.
2. Una vez recibida en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, esta, a su vez, dará traslado de la sugerencia a la Secretaría Xeral Técnica de la consellería afectada por ella, quien en el plazo de 20 días deberá remitir informe al respecto.
3. Una vez emitido el informe y recibido en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, se dará traslado de este al interesado, poniendo fin con la referida notificación a su tramitación.

#### **4.5.-Seguimiento y control de las quejas y sugerencias.**

Finalmente el artículo 29 del Decreto 164/2005, del 16 de junio, identifica el centro directivo al que se le atribuye la competencia del seguimiento y control de las quejas y sugerencias al señalar:

La Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa llevará el control y seguimiento de las quejas y sugerencias formuladas en las distintas unidades administrativas de la Administración autonómica.

El ámbito de la actuación de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, se entenderá sin perjuicio de las inspecciones sanitaria, financiera, tributaria, educativa, laboral o cualquier otra que establezcan las disposiciones normativas vigentes por las que se rigen.

## **5. LAS CARTAS DE SERVICIOS**

### **5.1. Antecedentes de la calidad y de las cartas de servicios.**

Desde mediados del años 80 las Administraciones Públicas del mundo occidental se vieron envueltas en un nuevo contexto, persiguiendo no sólo una Administración más eficaz y eficiente, sino también una Administración que asuma los principios de gestión de la calidad y de orientación al ciudadano, dando respuesta a sus expectativas en relación con la gestión de los recursos y con la prestación de servicios públicos.

Las Cartas de servicios son un instrumento de gestión de la calidad que surge casi exclusivamente en las Administraciones Públicas desde los años 90. Y su origen se sitúa en Gran Bretaña, en julio del año 1991, cuando se elabora y se presenta al Parlamento Británico la primera carta del ciudadano (*Citizen's charter*), siendo primer ministro británico John Major.

En España, las Cartas de Servicios surgen a finales de los años 90 y se convierten en una herramienta ampliamente empleada no sólo por la Administración General del Estado desde el año 1999, sino también por otras Administraciones Públicas.

### **5.2. El Programa de Cartas de servicios de la Xunta de Galicia.**

#### **5.2.1. Regulación normativa.**

En la Xunta de Galicia, el programa de Cartas de Servicios se implantó en el año 2004 con la aprobación del Decreto 148/2004, del 1 de julio (DOG nº 133, del 12 de julio). Actualmente viene regulado por las siguientes disposiciones:

- a) Artículo 6º de la Ley 4/2006, del 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega (DOG nº 136, del 14 de julio).

- b) Capítulos I e II del Decreto 117/2008, del 22 de mayo por el que se regulan las Cartas de servicios y el Observatorio de la Calidad y de la Evaluación Electrónica de Galicia (DOG nº113, del 12 de junio), parcialmente modificado por el Decreto 21/2010, de 4 de febrero, por el que se crea y se regula el Observatorio de la Sociedad de la Información y la Modernización de Galicia (DOG nº39, del 26 de febrero).
- c) Orden del 11 de julio de 2008 por la que se aprueba una guía descriptiva de elaboración de Cartas de servicios en la Xunta de Galicia y el Manual de identidad gráfica del Programa de Cartas de servicios de la Xunta de Galicia (DOG nº 140, del 21 de julio).

### **5.2.2. Definición, órgano competente para su elaboración y tipología de CS en la Xunta de Galicia.**

Las Cartas de Servicios (en adelante CS) no se conciben como simples folletos divulgativos de los servicios públicos que presta una organización, pues para este fin se cuenta con otros instrumentos más sencillos como son los catálogos o carteras de servicios, folletos descriptivos de funciones y servicios...

Por el contrario, conforme a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto, se conciben como un instrumento de gestión de la calidad que promueve un proceso de análisis y avance de los servicios de una organización y cuyos resultados se plasman en documentos divulgativos de acceso público, impresos o electrónicos, en los cuales, como mínimo, se identifican servicios públicos que presta la organización, los órganos responsables de esa prestación, los derechos de los usuarios de esos servicios, así como niveles estándar y compromisos de calidad a que se ajustará la prestación de los dichos servicios.

En definitiva las CS deben permitir a las Administraciones Públicas mejorar la calidad de los servicios públicos mediante el análisis e identificación de

los servicios prestados, así como la definición y difusión de compromisos de calidad que asumen las organizaciones en la prestación de estos servicios, y estar en disposición de dar respuesta a las necesidades y expectativas del ciudadano o usuario de los servicios, así como realizar un seguimiento del grado de cumplimiento de esos compromisos y comunicar los resultados de su implantación.

Es fundamental, por lo tanto, mantener un mínimo rigor metodológico en todo el proceso de elaboración de las CS si hablamos de calidad y avance continuo, y aún más si las Cartas deben ser valoradas por los ciudadanos y ser útiles para el avance de la Administración, de forma que no se conviertan en simples e inconcretas declaraciones de buenas intenciones.

Conforme a lo previsto en el artículo 5º del Decreto, podrán elaborar proyectos de CS los órganos, centros o unidades, cualquiera que sea su nivel orgánico, con competencia material o funcional en los servicios sobre los que se pretenden desarrollar las respectivas Cartas. Y las CS que se elaboren pueden tener por objeto el conjunto de los servicios o servicios específicos que presta un órgano o nivel organizativo de la Administración de la Xunta de Galicia.

Dependiendo de los criterios de clasificación que se usen, se pueden determinar tipologías diferentes de CS. Así, dependiendo de los destinatarios a los que una organización presta los servicios objeto de una Carta, se habla de CS al ciudadano (cuando los destinatarios de los servicios es el ciudadano), o de CS a clientes internos (cuando los destinatarios de los servicios son el propio personal de la Administración autonómica u otros órganos, centros, departamentos o entidades dependientes de la Xunta de Galicia).

Y, por otra parte, dependiendo de que el ámbito competencial sobre unos servicios corresponda a varias organizaciones responsables de la prestación de esos servicios, en la Xunta de Galicia se habla de los siguientes tipos de CS:

- a) *Cartas de Servicios Interdepartamentales*: aquellas que tengan por objeto uno o varios servicios en los que en su prestación participan distintos órganos u organismos dependientes de más de una consellería de la Xunta de Galicia.
- b) *Cartas de Servicios Interadministrativas*: aquellas que tengan por objeto uno o varios servicios en los que en su prestación participan órganos u organismos dependientes de la Xunta de Galicia y órganos u organismos de otras Administraciones públicas.

### **5.2.3. Niveles de calidad de las Cartas de Servicios.**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 7º, las CS de la Xunta de Galicia se someten a un sistema de calificación de tres niveles de calidad para reflejar los diferentes niveles de rigor y calidad conseguidos en el desarrollo e implantación de cada carta de servicios.

En función de ese sistema se contemplan tres categorías distintivas de CS que, clasificadas de menor a mayor grado de calidad, son las siguientes:

- a) Carta de Servicios Base (nivel de calidad I)
- b) Carta de Servicios Auditada (nivel de calidad II)
- c) Carta de Servicios Consolidada (nivel de calidad III).

Conforme a lo previsto en el citado artículo, la calificación del nivel de calidad que corresponda a cada Carta de Servicios la determinará la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, por el procedimiento señalado en el artículo 10º del Decreto.

### **5.2.4. Requisitos generales y específicos de cada nivel de calidad de cartas de servicios.**

En cuanto a los requisitos exigidos para conseguir los diferentes niveles de calidad de las cartas de servicios, se debe tener en cuenta que, atendiendo a la normativa vigente, se pueden distinguir entre unos requisitos

generales y comunes para todos los niveles de calidad de CS y otros requisitos específicos y diferenciadores de cada uno de esos niveles.

En lo tocante a los requisitos generales y comunes, hay decir que todas las CS que se elaboren e implanten, independientemente del nivel de calidad a que opten o consigan, deben cumplir los requisitos generales siguientes:

1. Tanto en el desarrollo del proyecto de una nueva CS como de modificación de una ya vigente, deberá formalizarse una comunicación escrita a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa dando cuenta del desarrollo del proyecto de modificación o de la nueva CS concreta y la asunción de sus compromisos.
2. En los supuestos de CS que incluyan compromisos, medidas de compensación o enmienda que tengan una posible repercusión económica, tener justificada la viabilidad presupuestaria y económica de los mencionados compromisos o medidas de compensación o enmienda.
3. Antes de la aprobación definitiva del proyecto de carta de servicios por la persona titular de la consellería de que dependan las organizaciones responsables de la carta de servicios, la CS debe contar con el informe favorable de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa previsto en el artículo 10º del Decreto.
4. Publicar en el DOG la orden emitida por la persona o personas titulares de la o de las consellerías respectivas y por la que se da aprobación definitiva de la carta de servicios y publicar también la versión de la carta en formato DOG (solo texto).
5. Para lograr una mayor difusión de sus contenidos, además de la comentada versión formato DOG, toda CS deberá contar también con los siguientes soportes divulgativos:

a) Formatos de folletos impresos tipo dípticos, trípticos, polípticos, etc.

b) Formato electrónico para su publicación en página web.

Y en todos estos formatos se garantiza el cumplimiento de los requisitos de diseño e imagen corporativa específica previstos para el Programa de CS de la Xunta de Galicia.

Por otra parte, los requisitos específicos y diferenciadores de cada uno de los niveles de calidad de las cartas de servicios, son los siguientes:

#### *Requisitos del nivel I: Carta de Servicios Base*

Los requisitos diferenciadores de este nivel de calidad evalúan básicamente el producto final de la CS y son los siguientes:

1. El proyecto de CS cuenta desde su inicio con un coordinador y en su desarrollo participó, por lo menos, un responsable directo de la organización prestadora de los mencionados servicios objeto de la Carta o personal conocedor de los procedimientos internos de estos servicios.
2. Los soportes divulgativos de la Carta tienen los siguientes contenidos mínimos:
  - a) Denominación/título.
  - b) Año de edición y número de ejemplares de la edición respectiva.
  - c) Propósito general (suscribir por las personas titulares de los centros directivos, con nivel mínimo de dirección general, que la promoverán).
  - d) Servicios de la organización.
  - e) Compromisos cualitativos o cuantitativos de prestación de servicios.



- f) Datos identificativos de la organización, concretando como mínimo:

Denominación de la organización u organizaciones prestadoras de los servicios y, de ser el caso, de la organización responsable de la Carta.

Direcciones postales, telefónicas y electrónicas de las dependencias de la organización prestadora de los servicios (teléfono, fax, correo electrónico, página web).

Horario de atención al público.

- g) Normativa reguladora y/o derechos legales de los usuarios.
- h) El sistema y las condiciones que tienen los usuarios para la tramitación de sugerencias y quejas, según se establece en el punto 3 del artículo 11 del vigente Decreto.

### Requisitos del nivel II: Carta de Servicios Auditada

Los requisitos diferenciadores de este nivel de calidad se establecen no solo requisitos de producto final sino también de proceso, y son los siguientes:

1. El proyecto de la CS debe ser desarrollado por un equipo de trabajo multidisciplinar configurado por personal de la organización y que cumple con los perfiles de integrantes del equipo de trabajo que establece la metodología de elaboración de CS auditadas.
2. El proyecto de CS desarrollado debe cumplir con los requisitos mínimos de proceso metodológico que se relacionan en el anexo II del vigente Decreto.
3. Los soportes divulgativos, además de los previstos para la categoría CS base, presentan los siguientes contenidos mínimos:

- a) Indicadores de evaluación de compromisos.
- b) Cuando sea posible, medidas de compensación/reparación por incumplimiento de los compromisos de la Carta, o justificación de la imposibilidad de su inclusión.
- c) Deberes legales con los que debe cumplir el usuario de los servicios o la identificación de formas de colaboración del usuario que contribuyan al aseguramiento de una buena prestación de los servicios.
- d) Formas y medios previstos de participación ciudadana para definir y mejorar los servicios objeto de la Carta.
- e) Formas y medios de comunicación periódica de resultados del grado de cumplimiento de los compromisos de la Carta.

### Requisitos del nivel III: Carta de Servicios Consolidada

Para conseguir este nivel de calidad de CS, se exigen requisitos orientados a la constatación de la existencia de resultados positivos de la implantación de las CS, que son los siguientes:

1. El proyecto de la CS cumple con uno de los dos siguientes requisitos:
  - a) Cuenta con certificado que acredita que la CS superó un proceso de certificación por una entidad externa debidamente acreditada para certificar CS, y cuyo procedimiento y capacidad de certificación de CS fueron validados por la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.
  - b) Cumple los requisitos de contenidos y de proceso metodológico definidos para la categoría CS auditada y, además, acredita que la Carta comporta los siguientes avances:

En el 100% de los servicios objeto de la carta de servicios se dispone, como mínimo, de un compromiso por servicio identificado.

El grado de cumplimiento de todos los compromisos de la carta es por lo menos del 90% en los dos años previos al año de solicitud del informe de calificación como CS consolidada.

La organización responsable de la CS hace públicos los resultados con una periodicidad al menos anual.

En los dos años previos, la organización debe tener contrastada la validez y vigencia de las expectativas detectadas al inicio del proyecto de la carta o tras un proceso de actualización de la misma.

#### **5.2.5. Responsabilidades de elaboración y gestión de las Cartas de Servicios.**

Conforme a lo previsto en el artículo 9º del Decreto, los que promoverán y facilitarán el desarrollo de CS en el ámbito competencial de sus respectivos departamentos serán las secretarías y direcciones generales de las consellerías de la Xunta de Galicia o el máximo nivel directivo de los organismos autónomos, empresas y demás niveles organizativos identificados en el artículo 2º del Decreto.

Y la ejecución concreta del proceso de elaboración de cada CS será llevado a cabo por un equipo de trabajo constituido al efecto y que tendrá unos requisitos mínimos diferentes que se determinan en el Anexo I del Decreto, dependiendo del nivel de Carta de Servicios que se pretenda desarrollar.

El número de integrantes del equipo, para que sea eficiente, deberá oscilar, entre cinco y nueve personas, y en todo proyecto deberá contar como mínimo con los siguientes perfiles: Responsables directos de las

organizaciones que prestan los servicios (1-2 personas) y 1 coordinador del proyecto.

Y tal y como se determina en el Decreto, para CS auditadas y consolidadas se requiere, a mayores, contar en el equipo de trabajo con personas que respondan a los siguientes perfiles:

El titular o el máximo responsable del centro directivo del cual depende la organización prestadora de los servicios objeto del proyecto (1 persona).

Personal técnico de la organización conocedor del conjunto de los servicios y de los procesos asociados a estos (1-2 personas).

Personal de la organización en contacto directo con el ciudadano (1-2 personas).

Personal conocedor de los procedimientos internos de trabajo y de la legislación aplicable (1-2 personas).

Los miembros del equipo deben ser o estar mínimamente formados para el desarrollo del proyecto de carta. Y a este respecto se considera necesario que dichos miembros del equipo, como mínimo, cuenten con una mínima formación en:

Conceptos generales de calidad y CS.

Metodología de elaboración e implantación de CS de la Xunta de Galicia.

Metodologías para la detección de expectativas de los ciudadanos.

Gestión de equipos de trabajo y reuniones eficaces.

#### **5.2.6. Procedimiento de aprobación de las Cartas de Servicios.**

Los proyectos de noticias CS/modificaciones/actualizaciones de las ya vigentes, elaborados por uno o varios niveles organizativos dependientes

de una misma consellería de la Xunta de Galicia, tendrán una aprobación final mediante una orden del titular de la consellería que será publicada en el DOG junto con una versión que contenga el texto íntegro de la totalidad de los contenidos de la CS finalmente elaborada.

En el supuesto de proyectos de CS Interdepartamentales la aprobación final del proyecto, se deberá formalizar mediante una orden conjunta de los titulares de las consellerías participantes en el proyecto en cuestión y en el caso de CS Interadministrativas, a través de un convenio de colaboración o documento equivalente entre las partes participantes en el proyecto.

Antes de la formalización de la aprobación final referida, el proyecto de CS debe contar, con el informe preceptivo y favorable emitido por la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa a través del cual se intenta garantizar que el proyecto desarrollado responde a las mínimas directrices de proceso metodológico, fases de elaboración, contenidos, identidad corporativa y otros aspectos descritos en la normativa reguladora de CS.

Para obtener el informe referido, una vez rematado el desarrollo de cada proyecto de CS, la persona titular del centro directivo de la Xunta de Galicia responsable de la elaboración o de la coordinación del proyecto deberá solicitarlo a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, mediante una solicitud normalizada, junto con la que se remitirán también:

- a) Datos identificativos del coordinador del proyecto desarrollado;
- b) Una comunicación de asunción de los compromisos que se identifiquen en el proyecto de Carta; y
- c) Un dossier justificativo del proyecto desarrollado (dossier que contendrá como mínimo cuatro elementos: redacción del texto final de los contenidos de la CS que se pretende publicar; propuesta final de estructura gráfica y de contenidos de los soportes divulgativos; un plan de edición y distribución de dichos soportes; y memoria descriptiva del proceso metodológico realizado con el proyecto).

El informe preceptivo será elaborado en el plazo de 30 días hábiles por el personal auditor de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa que llevará a cabo las labores de auditoría del proyecto de CS con el fin de contrastar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Anexo I del Decreto.

El informe preceptivo de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, será emitido en el plazo de 5 días hábiles a contar desde la fecha del informe de auditoría, y expresará como mínimo el sentido favorable o desfavorable a la aprobación del proyecto de CS, el nivel de calidad concreto que haya conseguido el proyecto informado, y la marca distintiva de ese nivel conseguido, la cual podrá ser voluntariamente empleada en los distintos soportes divulgativos de la CS después de su aprobación final.

En el supuesto de proyectos de Cartas no susceptibles de obtener con carácter favorable el informe de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, el mencionado informe determinará las medidas correctoras que debe ejecutar la organización elaboradora del proyecto de Carta de Servicios para adecuarlo, así como el plazo máximo para ejecutar esas medidas correctoras y justificarlas ante dicha Dirección General.

Sólo una vez obtenido el informe favorable de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa sobre un proyecto de CS terminado, la persona titular de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de la que dependa el centro directivo o centros directivos responsables de la elaboración o de la coordinación del proyecto de CS, remitirá al DOG el texto íntegro de la “versión DOG” del proyecto de CS junto con el texto de la orden de aprobación o, en su caso, del documento equivalente de aprobación final de la Carta.

#### **5.2.7. Difusión, contenido e imagen corporativa de las Cartas de Servicios.**

Independientemente del nivel de calidad que haya reconocido, toda CS de la Xunta de Galicia debe ser objeto de la más amplia difusión entre los potenciales usuarios o interesados en los servicios. Para esto, a partir de la fecha de publicación en el DOG de la orden de aprobación final de la CS, los centros directivos responsables de la elaboración de cada Carta deberán garantizar como mínimo:

- a) Hacer públicos los contenidos de la Carta a través de tres versiones: versión impresa de solo texto para el DOG, versión en formatos divulgativos impresos y versión web.
- b) Disponibilidad de dichas versiones en sus dependencias de atención a los usuarios de los servicios y al público en general.
- c) Distribución y disponibilidad de los soportes de la versión folleto impreso de la Carta en las unidades o servicios administrativos de información y atención al ciudadano de la Xunta de Galicia.

A excepción de la versión impresa del DOG, las restantes versiones y formatos de soportes divulgativos de todas las CS seguirán unos criterios mínimos de identidad, diseño y estructura gráfica corporativa normalizada que se determinan en un manual de identidad gráfica del Programa de CS de la Xunta de Galicia, aprobado por una Orden de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xustiza, del 11 de julio de 2008, por la que se aprueba una guía descriptiva de elaboración de CS en la Xunta de Galicia y el Manual de identidad gráfica del Programa de CS de la Xunta de Galicia (DOG nº 140, del 21 de julio).

#### **5.2.8. Gestión y actualización de las CS.**

Después de ser elaborada y aprobada, la gestión y actualización de la CS será responsabilidad de los titulares de los niveles organizativos que directamente prestan los servicios objeto de la CS, así como los titulares de los centros directivos de los que estos últimos dependan.

Conforme se prevé en el artículo 12º del Decreto, las CS deberán ser actualizadas cada vez que existan circunstancias que hagan necesario modificar las condiciones o contenidos de las mismas, bien por cambios significativos en la organización o en la definición de los procesos internos que sustentan los servicios objeto de las Cartas, bien por variación en las expectativas de los usuarios, bien por superación de los compromisos establecidos o por otras circunstancias que aconsejen su revisión y modificación.

Para el caso concreto de CS Auditadas y Consolidadas, el artículo 12º.2 del Decreto dispone el deber de realizar una revisión de la Carta por lo menos cada tres años a partir de su aprobación inicial.

En todos los casos en los que sea necesario actualizar o modificar las condiciones o contenidos de una CS vigente, el procedimiento de aprobación de dicha actualización o modificación de la Carta deberá realizarse siguiendo el mismo procedimiento definido en el artículo 10º del Decreto.

En los supuestos en que por razones sustanciales sobrevenidas no sea posible la actualización o modificaciones de las CS para posibilitar la continuidad de la vigencia de sus contenidos, procederá formalizar la derogación de dichas Cartas, conforme al procedimiento previsto en el artículo 13º del Decreto.

#### **5.2.9. Seguimiento interno de las Cartas de Servicios.**

Todo órgano, centro o unidad dependiente de la Xunta de Galicia que elabore un proyecto de *Carta de Servicios Auditada* o de *Carta de Servicios Consolidada* deberá disponer de un mínimo sistema de información para el seguimiento y control interno de resultados cuantificables y contrastables de la implantación de la Carta de Servicios tras su aprobación y entrada en vigor, y a través del cual pueda obtener, por lo menos, resultados del grado de cumplimiento de los compromisos asumidos en las Cartas o de la



evolución de la calidad de la prestación de los servicios o, de ser el caso, de la ejecución de los planes de avance asociados a las Cartas de Servicios.

Habida cuenta esos resultados, los órganos responsables de la elaboración de una *Carta de Servicios Auditada* o de una *Carta de Servicios Consolidada* deberán elaborar informes de seguimiento que, como mínimo, tendrán un carácter anual tras la aprobación final de la Carta, y de los que se remitirán una copia a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

#### **5.2.10. Posible certificación de las Cartas de Servicios.**

Los diferentes centros directivos u órganos de la Administración Autonómica Gallega que cuenten con CS aprobadas y vigentes, podrán someter a estas últimas a un proceso voluntario de certificación por una entidad certificadora externa e independiente de la Xunta de Galicia.

Conforme a lo regulado en el artículo 17º.2 del Decreto, las entidades públicas o privadas a través de las cuales se pretenda acometer ese proceso de certificación externa, deberán ser entidades independientes de la Xunta de Galicia, de reconocido prestigio nacional o internacional, que cumplan con los requisitos de la norma EN 45011 “Requisitos generales para entidades que realizan la certificación de productos” o de la norma UNE que en cada momento se encuentre en vigor a ese respecto, y cuyo procedimiento y capacidad de certificación sean validados por la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

Jaime Bouzada Romero

Director Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa

# **9. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.**

## **TEMA 9**

### **LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

#### **1. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA**

Es a partir de los años ochenta, a raíz de conocidos casos como el de la red ECHELON, 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.

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.

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 fundamental a la protección de los datos personales se deriva directamente de la Constitución Española, más concretamente del art. 18 de esta norma fundamental. La intimidad puede definirse como toda manifestación de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a la voluntad de su titular. A través de este derecho a la intimidad se atribuye a los ciudadanos un poder de disposición sobre sus datos, de modo que, tomando como referente su consentimiento, puedan disponer de los mismos y limitar su uso.

En este orden de ideas, es preciso subrayar que el régimen de protección de datos de carácter personal de la LOPD sólo 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.

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 de 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.



Así, en primer lugar, la calidad de los datos alude a la obligación de que los datos sólo pueden ser recogidos para el cumplimiento de una finalidad determinada, explícita y legítima.

En segundo término, supone que sólo pueden ser objeto de tratamiento los datos que resulten «adecuados, pertinentes y no excesivos» en relación con la finalidad con la que se realiza su tratamiento.

Asimismo, los datos no pueden ser objeto de una utilización abusiva, entendiendo por tal aquella que resulte incompatible con la finalidad para la que fueron recogidos los datos. En efecto, los datos no pueden ser tratados para fines distintos a los que motivaron su recogida pues esto supondría un nuevo uso que requiere el consentimiento del interesado.

En cuarto lugar, la calidad de los datos obliga al responsable a garantizar que los datos de carácter personal sean exactos y estén puestos al día, de forma que respondan verazmente a la situación actual del afectado. Además, los datos deben cancelarse cuando dejen de ser necesarios para la finalidad elegida, salvo que una disposición legal obligue a conservar las informaciones.

El principio de calidad exige, asimismo, que los datos sean tratados de forma leal y lícita, lo cual impide -por ejemplo- que en su recogida se utilicen métodos desleales o fraudulentos.

Por otra parte, debe reseñarse que el tratamiento de datos con fines estadísticos, históricos o científicos no se considera incompatible con aquella finalidad para la que hayan sido recogidos expresamente (art. 9 RPDGP).

*B) El principio de información*

Los interesados tienen derecho a ser informados del tratamiento de sus datos personales, según sanciona el art. 5 LOPD. En efecto, cuando se va a proceder a la recogida de datos de una persona, es preciso informarle con carácter previo de que los mismos van a ser objeto de tratamiento. Si la información se recaba empleando un formulario, debe mencionarse el tratamiento de los datos en el propio documento. Si, por el contrario, los datos se recogen de manera oral, en presencia del interesado, es suficiente que exista un cartel claramente visible en el que se le informe del tratamiento.

En caso de utilización de comunicaciones telefónicas, será preciso informar del tratamiento antes de solicitar ningún dato al interesado, generalmente mediante la inclusión de un mensaje pregrabado.

La información no sólo debe ser previa, sino que además debe tener el contenido mínimo que exige el art. 5 LOPD, particularmente: a) la existencia y finalidad del tratamiento; b) la identidad del responsable; c) los destinatarios de la información; y d) los derechos que reconoce la Ley.

Sin embargo, la propia LOPD contempla una serie de supuestos en los que se relaja ese deber de informar acerca del tratamiento de los datos. En concreto, así acontece cuando la información afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales (art. 24.1 LOPD).

Pero además, tampoco será preciso informar al interesado cuando el afectado ya hubiera sido informado con anterioridad, cuando la ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos o, en fin, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados a criterio de la AEPD (u organismo autonómico equivalente), atendiendo al número de interesados, a la

antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias (cfr. art. 5.4 y 5 LOPD).

Ya en concreto, el RPDCP presta especial atención al procedimiento para obtener de la AEPD la exención del deber de informar al interesado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados. El procedimiento deberá iniciarse siempre a petición del responsable que pretenda obtener la aplicación de la exención y en la solicitud el responsable deberá identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la exención del deber de informar; motivar expresamente las causas en que fundamenta la imposibilidad o el carácter desproporcionado del esfuerzo que implicaría el cumplimiento del deber de informar; exponer detalladamente las medidas compensatorias que propone realizar en caso de exoneración del cumplimiento del deber de informar; así como aportar una cláusula informativa que, mediante su difusión, en los términos que se indiquen en la solicitud, permita compensar la exención del deber de informar (art. 153 RPDCP).

Si la AEPD considerase insuficientes las medidas compensatorias propuestas, podrá acordar la adopción de medidas complementarias o sustitutivas, dando traslado del acuerdo al solicitante, para que exponga lo que considere oportuno en el plazo de quince días (art. 154 RPDCP).

Concluidos los trámites del procedimiento, el Director de la Agencia deberá dictar y notificar al responsable del fichero, en un plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en la AEPD de la solicitud, resolución, concediendo o denegando la exención del deber de informar. De haber transcurrido el plazo sin haber recaído y/o notificado la resolución expresa, se podrá considerar estimada la solicitud por silencio administrativo positivo (arts. 155 y 156 RPDCP).

### *C) El principio de consentimiento*

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. 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.

El consentimiento del interesado puede ser meramente tácito por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 14 RPDCP, el responsable del tratamiento podrá limitarse a informar al interesado del tratamiento, concediéndole un plazo de treinta días para manifestar su negativa al mismo, advirtiéndole de que de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el mismo.

Al mismo tiempo, el precepto citado impone al responsable la obligación de facilitar un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de sus datos, para evitar que el consentimiento tácito pueda tener lugar como consecuencia de los impedimentos impuestos al interesado para manifestar su oposición al tratamiento.

El interesado debe también manifestar su consentimiento para la cesión de sus datos a personas distintas del responsable del fichero, según dispone el art. 11 LOPD. La solicitud de consentimiento debe ir referida a un

tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para la que serán objeto de cesión (cfr. art. 12.2 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 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 (cfr. arts. 6.2 y 11.2.b LOPD y art. 10.2.b RPDCP).

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 una relación contractual, 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).

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).

Asimismo, pueden cederse los datos de una persona sin su consentimiento, siempre que se realice entre profesionales o instituciones dedicadas a la atención sanitaria, 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 obtenga 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.

### *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 RPDGP y se clasifican en tres niveles: básico, medio y alto (cfr. art. 80 RPDGP).

#### *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.

## **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 una serie de derechos, 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 RPDGP)*

El derecho de acceso permite a una persona obtener 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.

El responsable del tratamiento debe facilitar el acceso a los datos mediante su visualización en pantalla, por medio de copia o mediante correo electrónico.

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.

#### *C) Derecho de rectificación (cfr. art. 16 LOPD y arts. 31 a 33 RPDGP)*

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 RPDGP)*

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 RPDGP)*

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 RPDCP).

*F) Derecho de exclusión* (cfr. art. 28 LOPD y art. 51 RPDCP)

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) 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, 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.

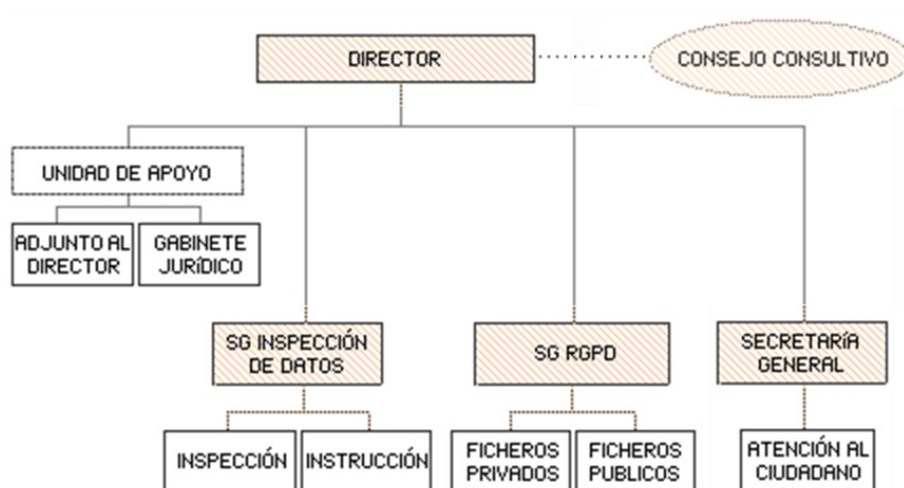
Por lo que respecta a España, la función de supervisión del cumplimiento de los mandatos establecidos en la LOPD le corresponde a la AEPD. Con todo, debe advertirse que junto a la AEPD, con competencias a nivel nacional, se han creado también las Agencias de Madrid y Cataluña, con competencias a nivel 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.

Según la mencionada normativa la AEPD se caracteriza por ser un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia. Por todo ello, la AEPD actúa con independencia de las demás Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

### 3.2. Estructura de la AEPD

Gráfico extraído de la página web de la AEPD ([www.agpd.es](http://www.agpd.es))



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 el Registro General de Protección de Datos.



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 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.

### **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.

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 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.

**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; APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, 3.<sup>a</sup> 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 de datos de carácter persoal*, Deputación de Lugo-UDC, Lugo, 2010, pp. 13-71; 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.<sup>a</sup> SOUTO GARCÍA

# **10. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y NORMATIVA DE DESARROLLO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL LA COMPETENCIA. LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA.**

## TEMA 10

### LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

<b>1.- NORMATIVA APLICABLE.....</b>	<b>1</b>
<b>2.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.....</b>	<b>2</b>
2.1.- <i>Los órganos administrativos, en especial, la competencia.....</i>	2
2.1.1.- Creación de órganos administrativos.....	2
2.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos....	3
2.1.3.- Las relaciones interorgánicas.....	4
2.2.- <i>Los órganos administrativos colegiados en la legislación básica estatal....</i>	9
2.2.1.- El régimen jurídico de los órganos colegiados.....	9
2.2.2.- Los miembros de los órganos colegiados.....	10
2.2.3.- El funcionamiento.....	13
<b>3.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO: LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.....</b>	<b>15</b>
3.1.- <i>Los órganos administrativos, en especial, la competencia.....</i>	15
3.1.1.- Los principios estructurales de la organización administrativa.....	15
3.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos: la suplencia.....	15
3.1.3.- Las relaciones interorgánicas.....	16
3.2.- <i>Los órganos colegiados en la legislación de desarrollo.....</i>	21
3.2.1.- Los órganos colegiados en general.....	21
3.2.2.- Los órganos colegiados consultivos.....	27

#### 1.- NORMATIVA APLICABLE.

De conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18º de la Constitución Española, le corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, expresión que, de acuerdo con lo dispuesto en el Fundamento Jurídico 38 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, sino también a la regulación de la organización de todas las Administraciones



públicas. Por otra parte, dado que, como se acaba de señalar, la delimitación del régimen jurídico de las Administraciones públicas sigue el esquema “bases más desarrollo”, las Comunidades Autónomas pueden dictar sus propias normas siempre que su contenido se ajuste a la normativa básica estatal.

En cumplimiento de dicho mandato constitucional, el Estado ha regulado, con carácter básico, el régimen jurídico de los órganos de la Administraciones Públicas en el Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP).

Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia (en adelante, LOFAXGA), en cuyo Título I, Capítulo I (artículos 4 a 22), desarrolla la regulación básica estatal relativa al régimen jurídico de los órganos de la Administraciones Públicas.

## **2.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.**

### **2.1.- Los órganos administrativos, en especial, la competencia.**

#### **2.1.1.- Creación de órganos administrativos.**

A cada Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 11 de la LAP, le corresponde delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.

La creación de cualquier órgano administrativo exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
- b) La delimitación de sus funciones y competencias.
- c) La dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

### **2.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos.**

#### **2.1.2.1.- La suplencia de los titulares de los órganos administrativos.**

Los titulares de los órganos administrativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la LAP, podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad por quien designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos. Este último inciso “por quien designe el órgano competente para el nombramiento” no tiene carácter básico, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1996, de 6 de abril.

Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato de quien dependa.

La suplencia no implicará alteración de la competencia.

#### **2.1.2.2.- La abstención y recusación.**

Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el artículo 28.2 de la LAP se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

Son motivos de abstención los siguientes:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.

En los casos anteriormente señalados podrá promoverse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la LAP, recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido.

Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.

### **2.1.3.- Las relaciones interorgánicas.**

#### **2.1.3.1.- Los principios que rigen las relaciones interorgánicas.**

Las relaciones interorgánicas, como reiteradamente ha señalado la doctrina, se rigen por los principios de competencia y jerarquía.

Por una parte, en relación con la competencia, el artículo 12.1 de la LAP establece que ésta es irrenunciable y que se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los

casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en una norma con rango de ley.

La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén.

Asimismo, en los párrafos 2 y 3 del artículo 12 de la LAP, se establece que la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias. Si alguna disposición atribuye una competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.

Por otra parte, en relación con la jerarquía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la LAP, los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio, que, cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, serán publicadas en el periódico oficial que corresponda.

El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir

### ***2.1.3.2.- La delegación interorgánica de competencias.***

Según lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LAP, los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes.

En cuanto al objeto de la delegación, hay que señalar que, en ningún caso, podrán ser objeto de delegación, según lo establecido en el artículo 13.2 de la LAP:

a) Las competencias relativas a los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno de la Nación, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

- b) Las competencias relativas a la adopción de disposiciones de carácter general.
- c) Las competencias relativas a la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
- d) Las competencias relativas a las materias en que así se determine por norma con rango de Ley.
- e) Las competencias que se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa de una Ley.
- f) No constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

En lo que se refiere al alcance de la delegación, el artículo 13.6 de la LAP establece que la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido.

En cuanto a los requisitos de la delegación, en los párrafos tercero, cuarto y séptimo, respectivamente, del artículo 13 de la LAP se dispone que:

- a) Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste.
- b) En las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se ha de indicar expresamente esta circunstancia y éstas se considerarán dictadas por el órgano delegante.
- c) La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adaptarse observando, en todo caso, dicho quórum.

### ***2.1.3.3.- La avocación interorgánica de competencias.***

Los órganos superiores, según lo establecido en el artículo 14.1 de la LAP, podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes.

De acuerdo con lo establecido en el citado precepto, la avocación sólo procede cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente. Además, en los supuestos de delegación de competencias en órganos no jerárquicamente dependientes, el conocimiento de un asunto únicamente podrá ser avocado por el órgano delegante.

En cuanto a la forma que ha de revestir la avocación, el artículo 14.2 de la LAP establece que ésta se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad a la resolución final que se dicte.

El acuerdo de avocación, según lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LAP, no puede ser objeto de recurso, no obstante, podrá impugnarse en el recurso que se interponga, en su caso, contra la resolución del procedimiento.

#### ***2.1.3.4.- La encomienda de gestión interorgánica.***

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos, según lo establecido en el artículo 15.1 de la LAP, podrá ser encomendada a otros órganos de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en el citado artículo 15 de la LAP no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo.

En cuanto a los requisitos formales de la encomienda de gestión hay que distinguir dos supuestos.

Por una parte, en el caso de que la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos pertenecientes a la misma Administración, el artículo 15.3 de la LAP establece que ésta deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo

expreso de los órganos intervinientes. Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia, en el Diario Oficial correspondiente.

Por otra parte, cuando la encomienda de gestión tenga lugar entre órganos de distintas Administraciones, el artículo 15.4 de la LAP dispone que se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

#### ***2.1.3.5.- La delegación de firma.***

Los titulares de los órganos administrativos, en materias de su propia competencia, podrán, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la LAP, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 13 de la LAP y, teniendo en cuenta que, en ningún caso, cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador.

La delegación de firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación.

En las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar la autoridad de procedencia.

#### ***2.1.3.6.- Las comunicaciones entre órganos.***

La comunicación entre los órganos administrativos pertenecientes a una misma Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 19 de la LAP, se efectuará siempre directamente, sin traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios y podrán efectuarse por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción.

#### ***2.1.3.7.- La coordinación interorgánica de competencias.***

El artículo 18 de la LAP establece que los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias ajustarán su actividad en sus relaciones con otros órganos de la misma o de otras Administraciones a los principios establecidos en el artículo 4.1 de la Ley, y la coordinarán con la que pudiera corresponder legítimamente a éstos, pudiendo recabar para ello la información que precisen.

Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración.

### ***2.1.3.8.- Los conflictos competenciales interorgánicos.***

El artículo 20 de la LAP, establece que los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo.

De acuerdo con dicho precepto, el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública.

Asimismo, el artículo 20.2 de la LAP establece la posibilidad de que los interesados que sean parte en el procedimiento se dirijan al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente. Además, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto.

## **2.2.- Los órganos administrativos colegiados en la legislación básica estatal.**

### **2.2.1.- El régimen jurídico de los órganos colegiados.**

El régimen jurídico de los órganos colegiados, de conformidad con lo establecido en el artículo 22, se ajustará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la LAP, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran.

Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como



aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

Por último, es importante destacar que la Disposición Adicional Primera de la LAP dispone las disposiciones del Capítulo II del Título II de la LAP no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades Locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

## **2.2.2.- Los miembros de los órganos colegiados.**

### **2.2.2.1.- El Presidente.**

De acuerdo con el artículo 23 de la LAP, en cada órgano colegiado corresponde al Presidente:

- a) Ostentar la representación del órgano.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.
- c) Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.
- e) Asegurar el cumplimiento de las leyes.
- f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
- g) Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.

En casos de vacante, ausencia, enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su

defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados previstos en el número 2 del artículo 22 en que el régimen de sustitución del Presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del Pleno del órgano colegiado.

Por último, es importante destacar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone que este precepto no tiene carácter básico, al regular aspectos de la organización y funcionamiento interno de los órganos colegiados de un modo tan detallado y exhaustivo que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

#### **2.2.2.2.- El Secretario.**

El artículo 25 de la LAP dispone que los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente.

La designación y el cese, así como la sustitución temporal del Secretario en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su defecto, por acuerdo del mismo.

Corresponde al Secretario del órgano colegiado:

- a) Asistir a las reuniones con voz pero sin voto si es un funcionario, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.
- b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.
- c) Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.
- d) Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.
- e) Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario.

Por último, es importante destacar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone que los apartados 2 y 3 de este

precepto, relativos a la designación, al cese y a las competencias, no tienen carácter básico, al contener una regulación tan detallada y exhaustiva que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

### **2.2.2.3.- Los miembros.**

En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros, según lo establecido en el artículo 24 de la LAP:

- a) Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.
- b) Participar en los debates de las sesiones.
- c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.

No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados.

- d) Formular ruegos y preguntas.
- e) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

En caso de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiera.

Cuando se trate de órganos colegiados a los que se refiere el número 2 del artículo 22, las organizaciones representativas de intereses sociales podrán sustituir a sus miembros titulares por otros, acreditándolo ante la Secretaría del órgano colegiado, con respecto a las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización.

En relación con la composición de los órganos colegiados, es importante destacar, que, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Administración

General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas.

Por último, hay que señalar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone este precepto no tiene carácter básico, al contener una regulación tan detallada y exhaustiva que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

### **2.2.3.- El funcionamiento.**

#### ***2.2.3.1.- La convocatoria y las sesiones.***

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la LAP, para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo.

Cuando se trate de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22 , el Presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesión, si están presentes los representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces.

Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.

Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos.

Por último, es necesario hacer referencia a la posibilidad de que los órganos colegiados se reúnan por medios electrónicos, conferida por la Disposición Adicional Primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En esta disposición se establece, con carácter básico, que los órganos colegiados se pueden constituir y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y 27.1 de la LAP.

### **2.2.3.2.- Las actas.**

El artículo 27 de la LAP establece que de cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma.

Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado.

Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión, pudiendo no obstante emitir el Secretario certificación sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta.

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

Por último, hay que señalar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone este precepto no tiene carácter básico, al contener una regulación tan detallada y exhaustiva que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

### **3.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO: LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.**

#### **3.1.- Los órganos administrativos, en especial, la competencia.**

##### **3.1.1.- Los principios estructurales de la organización administrativa.**

La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la LOFAXGA, bajo la dirección de la Xunta, y las entidades integrantes del sector público autonómico sirven con objetividad a los intereses generales y actúan con sometimiento pleno a la Constitución, al Estatuto de Autonomía, a la ley y al resto del Ordenamiento jurídico. Las potestades y competencias administrativas que tienen atribuidas por el ordenamiento jurídico la Administración general y las entidades que integran el sector público autonómico determinan su capacidad de obrar.

La organización y la actividad de la Administración general y de las entidades que integran el sector público autonómico, según lo dispuesto en el artículo 4.3 de la LOFAXGA responden al principio de división funcional y 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.

##### **3.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos: la suplencia.**

Los titulares de los órganos administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LOFAXGA, podrán ser suplidos

temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad por quienes designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos.

Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo será ejercida por quien designe el órgano administrativo inmediato superior del que dependa.

La suplencia no implicará alteración de la competencia.

### **3.1.3.- Las relaciones interorgánicas.**

#### ***3.1.3.1.- Los principios que rigen las relaciones interorgánicas.***

Las relaciones interorgánicas, como ha reiterado la doctrina y tal y como se ha señalado en el apartado segundo del presente tema, se rigen por los principios de competencia y jerarquía.

En concreto, en relación con la competencia, en los párrafos primero y segundo del artículo 5 se establece que la misma es irrenunciable, y que será ejercida, precisamente, por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo en los casos de delegación o avocación, en los términos previstos en la ley, añadiendo que la encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevean.

En los párrafos tercero y cuarto del artículo 5, se establece que la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentrados en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias.

En el caso de que las funciones correspondientes a las competencias de una consejería que no sean asignadas por ley a un concreto órgano administrativo, éstas se entenderán atribuidas a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, si existiesen varios de éstos, al superior jerárquico común, sin perjuicio de que mediante decreto se pueda designar como titular de la competencia a otro órgano de la misma consejería.

Además, hay que señalar que los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia extienden su competencia a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, salvo indicación en sentido contrario de las normas aplicables.

### ***3.1.3.2.- La delegación interorgánica de competencias.***

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la LOFAXGA, el ejercicio de las competencias cuya titularidad corresponda a órganos de la Administración autonómica podrá ser delegado en otros órganos de la propia Administración autonómica.

Cuando entre los órganos delegante y delegado no exista relación jerárquica y pertenezcan a la misma consejería, será necesaria la aprobación previa del órgano superior común. Si delegante y delegado no pertenecen a la misma consejería, se requerirá la autorización de la persona titular de la consejería a la que pertenece el órgano delegado.

En caso de que un órgano de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia delegue el ejercicio de competencias en un órgano de una entidad instrumental del sector autonómico, tal delegación deberá ser previamente aprobada, si los hubiere, por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, salvo que el delegante sea el titular de la consejería de adscripción de la entidad instrumental, caso en que bastará con la decisión de éste.

En cuanto al objeto de la delegación, hay que señalar que, en ningún caso, podrán ser objeto de delegación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.4 de la LOFAXGA:

- a) Las competencias relativas a los asuntos que deban ser sometidos a acuerdo de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo de la Xunta cuyo ejercicio se atribuya a sus comisiones delegadas.
- b) Las competencias relativas a la aprobación de reglamentos.
- c) Las competencias relativas a los asuntos que se refieran a las relaciones institucionales con la Jefatura del Estado, con la Presidencia del Gobierno del Estado, con las Cortes Generales, con las presidencias de los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas, con el Parlamento de Galicia y con las demás Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y con la Unión Europea.
- d) Las competencias relativas a la resolución de los recursos en los órganos administrativos que dicten los actos objeto del recurso.
- e) Las competencias relativas a las materias en que así se determine por una norma con rango de ley.
- f) No constituye impedimento para que se pueda delegar la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que su norma reguladora prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; sin embargo, no se podrá delegar la competencia para resolver un



asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se hubiese emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

g) Las competencias que se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa de una ley.

En lo que se refiere al alcance de la delegación, el artículo 6.9 de la LOFAXGA establece que la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la hubiese conferido.

En cuanto a los requisitos de la delegación, en los párrafos sexto, séptimo y décimo de la LOFAXGA, se establece que:

a) Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el Diario Oficial de Galicia y figurar de forma permanente y accesible en la página web institucional de la consejería o del órgano delegante.

b) Los actos y resoluciones administrativas dictados por delegación harán constar esta circunstancia, con referencia al número y fecha de su publicación en el Diario Oficial de Galicia, y se considerarán dictados por el órgano delegante.

c) La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum.

### ***3.1.3.3.- La avocación interorgánica de competencias.***

Los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la LOFAXGA, podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a un órgano administrativo dependiente, cuando haya circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente.

De acuerdo con lo establecido en dicho precepto, cuando se hubiese producido delegación del ejercicio de competencias entre órganos no dependientes jerárquicamente, la avocación sólo podrá ser acordada por el órgano delegante.

En cuanto a la forma que ha de revestir la avocación, el artículo 7.3 de la LOFAXGA dispone que se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad a la resolución final que se dicte. La avocación, salvo que sea acordada por un miembro de la Xunta de Galicia, deberá ser puesta también en conocimiento del superior jerárquico del órgano avocante.

El acuerdo de avocación, según lo dispuesto en el artículo 7.4 de la LOFAXGA, no podrá ser objeto de recurso, aunque la posible ilegalidad de la avocación podrá hacerse valer, en su caso, en el recurso que se interponga contra la resolución del procedimiento.

#### ***3.1.3.4.- La encomienda de gestión interorgánica.***

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o de las entidades de derecho público dependientes de ella, según lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LOFAXGA podrá ser encomendada intrasubjetivamente a otros órganos de la misma Administración o entidad que el encomendante, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios idóneos para su desempeño.

La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, y será responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte a la concreta actividad material objeto de encomienda o aquéllos en los que ésta se integre.

La encomienda de gestión a órganos pertenecientes a la misma consejería deberá ser autorizada por la persona titular de la consejería correspondiente. Para la encomienda de gestión a órganos pertenecientes a diferente consejería o dependientes de diferente consejería será precisa la autorización del Consejo de la Xunta.

En cuanto a los requisitos formales de la encomienda de gestión, en el artículo 8 de la LOFAXGA se exige:

- a) su formalización por medio de la resolución de autorización y de los acuerdos que se firmen entre los órganos correspondientes una vez autorizada la encomienda de gestión.
- b) su publicación en el Diario Oficial de Galicia, así como de las sucesivas prórrogas que en lo sucesivo se firmen, con el contenido mínimo siguiente:
  - Actividad o actividades a que se refiera.
  - Naturaleza y alcance de la gestión encomendada.
  - Plazo de vigencia y supuestos en que proceda la finalización anticipada de la encomienda o su prórroga.
- c) su publicación en la página web institucional de los órganos intervinientes, a efectos informativos.

### ***3.1.3.5.- La delegación de firma.***

Los titulares de los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, según lo establecido en el artículo 11 de la LOFAXGA, podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos en los titulares de los órganos que dependan de ellos, dentro de los límites señalados para la delegación de competencias.

La delegación de la firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación.

En las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar la autoridad de procedencia. A estos efectos, la firma deberá ir precedida de la expresión «por delegación de firma», con indicación del cargo que autoriza y del órgano autorizado.

No cabrá delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador.

### ***3.1.3.6.- Los conflictos competenciales interorgánicos.***

En la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la LOFAXGA, los conflictos de atribuciones sólo se podrán suscitar entre órganos no relacionados jerárquicamente, y respecto de asuntos sobre los cuales no hubiese finalizado el procedimiento administrativo.

Los conflictos de atribuciones positivos o negativos entre órganos de una misma consejería serán resueltos por el superior jerárquico común en el plazo de diez días hábiles sin que quepa recurso alguno.

En los conflictos positivos, el órgano que se considere competente requerirá de inhibición a aquel que conozca del asunto, el cual suspenderá el procedimiento por un plazo de diez días hábiles. Si dentro de este plazo acepta el requerimiento, remitirá el expediente al órgano que lo hubiese formulado. En caso de considerarse competente, remitirá acto seguido las actuaciones al superior jerárquico común.

En los conflictos negativos, el órgano que se considere incompetente remitirá las actuaciones al órgano que considere competente, que decidirá en el plazo de diez días hábiles, y éste, en caso de considerarse incompetente, remitirá acto seguido el expediente con su informe al superior jerárquico común.

Los conflictos de atribuciones entre diferentes consejerías serán resueltos por acuerdo firmado conjuntamente por las propias personas titulares de

las consejerías afectadas. En caso de discrepancia, se dará traslado al Consejo de la Xunta de Galicia, que resolverá en el plazo de diez días, sin que contra su decisión quepa recurso alguno.

### **3.2.- Los órganos colegiados en la legislación de desarrollo.**

#### **3.2.1.- Los órganos colegiados en general.**

##### ***3.2.1.1.- El régimen jurídico de los órganos colegiados.***

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la LOFAXGA, los órganos colegiados se rigen por la legislación básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas, la legislación específica aplicable, las normas contenidas en esta sección y sus reglamentos de régimen interior.

Los órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquéllos compuestos por representaciones de distintas administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación o se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

Las normas contenidas en esta sección no serán de aplicación al Consejo de la Xunta ni a sus comisiones delegadas.

##### ***3.2.1.2.- La creación.***

La constitución de un órgano colegiado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la LOFAXGA, tendrá como presupuesto indispensable la determinación de los siguientes extremos en su norma de creación:

- a) Sus fines y objetivos.
- b) Su integración administrativa o dependencia jerárquica.
- c) La composición y los criterios para la designación de la persona titular de su presidencia y de los restantes miembros.

- d) Las funciones de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento y control, así como cualquier otra que se le atribuya.
- e) La dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

### ***3.2.1.3.- Los miembros de los órganos colegiados.***

#### ***3.2.1.3.1.- El Presidente.***

En cada órgano colegiado, según lo establecido en el artículo 16 de la LOFAXGA, corresponde a la presidenta o al presidente:

- a) Desempeñar la representación del órgano.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.
- c) Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, salvo que se trate de los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de otras Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.
- e) Asegurar el cumplimiento de las leyes.
- f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
- g) Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de presidente del órgano.

La persona que ejerza la presidencia siempre tendrá la condición de miembro del órgano colegiado.

En casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el presidente será sustituido por el vicepresidente, si lo hubiere, y, en su falta, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, ni tampoco

a aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y otras administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, en que el régimen de sustitución del presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del pleno del órgano colegiado.

### **3.2.1.3.2.- El Secretario.**

Los órganos colegiados, según lo dispuesto en el artículo 18 de la LOFAXGA, tendrán una secretaria o un secretario, que podrá ser un miembro del propio órgano o un empleado público al servicio de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o de la entidad pública en que se integre el órgano de que se trate.

La designación y el cese, así como la sustitución temporal de la persona que ejerza la secretaría en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su falta, por acuerdo de éste.

Corresponde a la secretaria o al secretario del órgano colegiado:

- a) Asistir a las reuniones, con voz pero sin voto si no es miembro del órgano y con voz y voto si es miembro de éste.
- b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su presidencia, así como las citaciones a sus miembros.
- c) Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquier otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.
- d) Preparar el despacho de los asuntos y redactar y autorizar las actas de las sesiones.
- e) Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de secretaria o secretario.

### **3.2.1.3.3.- Miembros.**

En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros, según el artículo 17 de la LOFAXGA:

- a) Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria que contenga el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros con la antelación referida.
- b) Participar en los debates de las sesiones.
- c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.
- d) No abstenerse en las votaciones aquellos que por su calidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas tengan la condición de miembros de órganos colegiados.
- e) Formular ruegos y preguntas.
- f) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.
- g) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente les hubiesen sido otorgadas por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

En caso de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiere.

Cuando se trate de órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de otras administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, éstas podrán sustituir a sus miembros titulares por otros, acreditándolo ante la secretaría del órgano colegiado, respetando las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización.

#### ***3.2.1.4.- El funcionamiento.***

##### ***3.2.1.4.1.- La convocatoria y las sesiones.***

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la LOFAXGA, para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del presidente y del secretario o, en su caso, de aquellos que los sustituyan, y de la mitad, al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el artículo 19.2.



Cuando se trate de los órganos colegiados en que participen entidades representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de otras Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, el presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesiones, si estuviesen presentes los representantes de las administraciones públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los cuales se les hubiese atribuido la condición de portavoces.

Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Los acuerdos serán adoptados por mayoría simple de votos, salvo que sus normas específicas prevean otras mayorías.

Quien acredite la titularidad de un interés legítimo podrá dirigirse al secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos.

Por último, hay que señalar que, de acuerdo con el artículo 21 de la LOFAXGA, 1. Los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, respetando los trámites esenciales establecidos en los artículos 26º y 27º.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en la Ley 4/2006, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, y en la LOFAXGA.

La convocatoria podrá efectuarse por medio del correo electrónico siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) El sistema de notificación electrónica permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado de la convocatoria notificada, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales; en todo caso, se presumirá que la notificación se ha producido por el transcurso de 24 horas, excluyendo sábados, domingos y festivos, desde la puesta a disposición del interesado de la convocatoria notificada, salvo que, de oficio o a instancia del destinatario, se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.



b) Todos los miembros del órgano colegiado que tengan la condición de cargo público o empleado público de la Administración de la que forme parte dicho órgano serán notificados en su dirección electrónica institucional correspondiente. El resto de los miembros de los órganos colegiados serán notificados electrónicamente en la dirección de correo electrónico que señalen a ese efecto.

Los miembros de un órgano colegiado podrán ser válidamente convocados para que la sesión se celebre en varios lugares simultáneamente siempre que los medios técnicos permitan el normal desarrollo de la sesión y el respeto de los derechos de los miembros. Una vez constituido el órgano, la persona que ejerza su presidencia designará, para cada uno de los lugares en donde no se encuentre físicamente el secretario, a uno de los miembros asistentes para que lo auxilie en sus funciones.

Adicionalmente a lo dispuesto en el artículo 20.5 de la LOFAXGA, las actas de las sesiones de los órganos colegiados podrán ser aprobadas por vía telemática, después de que les sean remitidas a sus miembros a su dirección electrónica.

#### **3.2.1.4.2.- Las actas.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la LOFAXGA, de cada sesión que celebre el órgano colegiado el secretario levantará el acta, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Así mismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que se refiera a alguno de los puntos del orden del día y aporte en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose constar así en el acta o uniéndose copia a ésta.

Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas contado desde el momento en que el presidente dé por finalizada la sesión, que se incorporará al texto aprobado.

Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión; no obstante, el secretario podrá emitir certificación sobre los acuerdos específicos que se hubiesen adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta.

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

### **3.2.2.- Los órganos colegiados consultivos.**

Según lo dispuesto en el artículo 22 de la LOFAXGA, los órganos colegiados de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia cuyas funciones sean exclusiva o principalmente emitir informes o propuestas, asesorar o resolver consultas se denominarán consejos.

Asimismo, en el párrafo segundo de dicho precepto, se establece que, con carácter departamental o interdepartamental se podrán crear consejos asesores.

La composición y las funciones de estos consejos se determinarán en las normas de creación respectivas y sus informes no tendrán carácter vinculante, salvo disposición legal en sentido contrario.

### **BIBLIOGRAFÍA**

GALLEGO ANABITARTE, *Concepto y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000; CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; SANTAMARÍA PASTOR, La teoría del órgano en el Derecho administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 40-41, 1984.

Diana Santiago Iglesias

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

# **11. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

## **TEMA 11.**

### **EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

#### **I. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES**

##### **A) Concepto.**

Siguiendo a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, podemos definir el acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

De la definición transcrita podemos señalar los siguientes caracteres del acto administrativo:

1º Acto jurídico, que consiste en una declaración intelectual que excluye las actividades puramente materiales de la administración.

2º De una Administración. Pública, lo que permite excluir del concepto:

- a) Los actos jurídicos del administrado.
- b) Los dictados por órganos del Estado que no constituyen administración pública (ej.: órganos judiciales ).

3º Unilateralmente, lo que permite excluir del concepto los contratos y convenios administrativos.

4º En ejercicio de una potestad administrativa, lo que permite excluir los actos políticos o de Gobierno, realizados por éste en cuanto tal, y no como órgano administrativo.

5º La potestad ha de ser distinta de la reglamentaria. Ello permite distinguir los verdaderos actos administrativos de las disposiciones administrativas de carácter general, dictadas por la Administración, y así mientras estas últimas innovan el ordenamiento jurídico y con el paso del tiempo se consolidan, los primeros lo aplican agotándose en su aplicación.

## **B) Clases.**

La teoría de los actos de la Administración es una aplicación al campo del Derecho Administrativo de la teoría general de los actos jurídicos, que adquiere, sin embargo, matices particulares en esta materia por las siguientes razones:

- Por ser uno de los sujetos necesariamente la Administración Pública.
- Por la tradicional falta de unidad en el régimen jurídico de los actos realizados por la Administración.
- Por las diversas vías de enjuiciamiento a que se someten los diversos tipos de actos de la Administración (jurisdicción civil o contencioso-administrativa).

Excluyendo los denominados actos materiales o de mera ejecución, podemos distinguir tres tipos de actos de la Administración:

a) Actos privados. Son aquellos actos jurídicos que la Administración realiza como un particular más, sin estar investida de las prerrogativas que le son propias. La fiscalización de estos actos se lleva a cabo por la jurisdicción civil.

b) Actos públicos con efectos jurídico-privados. Dentro de ellos, distingue Garrido Falla los siguientes:

1. Los que producen efectos sobre el estado civil de las personas o sobre derechos civiles en general (administración pública de Derecho privado) y que se fiscalizan, con carácter general, por la jurisdicción civil.

2. Los que son consecuencia de la actividad limitativa de los derechos de los particulares, y que constituyen o condicionan relaciones jurídicas entre particulares. Dentro de los ellos, hay que diferenciar la relación entre la Administración y el particular (sometida a la jurisdicción contenciosa) y la relación entre el particular y un tercero como consecuencia de la limitación (sometida a la jurisdicción civil). (ej.: fijación de la renta máxima en el alquiler de viviendas de protección oficial.)

c) Actos públicos. Reciben el nombre de actos administrativos y dentro de esta categoría hay una múltiples clasificaciones, pasando a exponer las más significativas.

1ª.- Distingue entre acto administrativo expreso, tácito y presunto.

1. **Acto expreso**: En este acto la declaración de voluntad, juicio, deseo, etc., tiene lugar por medio de la palabra oral o escrita. Existe, pues, una clara e inequívoca exteriorización de la voluntad administrativa.

2. **Acto tácito**: En este caso la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo no se produce a través de un acto expreso, sino a través de una conducta administrativa positiva, de la que se deduce la voluntad del órgano que la realiza.

3. **Acto presunto**: En este caso, no existe una declaración ni una conducta que permita interpretar la voluntad administrativa, pero la ley,

por ciertas circunstancias externas fácilmente comprobables, presume, en tal caso, la existencia de determinada voluntad administrativa.

Los actos tácitos y los actos presuntos se asemejan en la ausencia de un pronunciamiento expreso, claro, inequívoco y directo de la voluntad administrativa. La diferencia entre ellos radica en que, mientras los actos tácitos, se presumen racionalmente de la propia conducta de la Administración (no hay acto expreso de voluntad, pero si una “conducta expresiva” de la misma; por el contrario, en el acto presunto, el acto administrativo se presume, pero no deduciéndolo racionalmente de la conducta (falta de actuación) de la admón., sino por señalarlo así la ley, como correlato del deber de la admón. de resolver expresamente, y para defensa de los intereses de los particulares.

2ª.- Distingue entre **actos reglados y actos discrecionales**, clasificación practicada en función del tipo de potestad que haya usado la Administración para dictar el acto en cuestión.

3ª.- Distingue entre **actos favorables y de gravamen**, según si amplían o restringen la esfera jurídica de los administrados. Un ejemplo típico de los primeros es la autorización, mientras que un acto típico de gravamen es la sanción administrativa. Esta diferenciación no solo es conceptual pues existen importantes diferencias en el régimen jurídico de cada uno de estos actos. Así, entre otras diferencias, podemos destacar que los actos de gravamen deben ser motivados conforme al artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y son libremente revocables según lo establecido en el artículo 105.1 LRJPAC.

4ª.- Distingue entre **actos singulares y actos generales**, según que el destinatario sea una persona determinada o sea una pluralidad

indeterminada de sujetos. La distinción es importante sobre todo a los efectos de notificación o publicación según los artículos 59 y siguientes de la LRJPAC.

5ª.- Distingue entre **actos colegiados o monocráticos**, según sean dictados por órganos administrativos de uno u otro signo. La importancia de esta clasificación radica en la aplicación del régimen jurídico establecido en los artículos 22 y siguientes de la LRJPAC para la producción de los actos administrativos de los órganos colegiados.

## **II.- ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA.**

### **1) Sujeto:**

El sujeto del que emana la declaración en que consiste el acto administrativo, es siempre una Administración pública. De acuerdo con el **artículo 2 LRJPAC**:

“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.

2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”



Aspecto fundamental del elemento subjetivo de los actos es la competencia, que se define como la medida de la potestad atribuida a cada órgano. De acuerdo con el artículo 53 LRJPAC los actos administrativos se producirán por el órgano competente. La competencia viene asignada por el ordenamiento jurídico a cada órgano, y como señala el artículo 12 LRJPAC es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes.

Se distinguen tres tipos de competencia:

1. La competencia territorial, o por razón del territorio.
2. La competencia material, o por razón de la materia.
3. La competencia jerárquica, o por razón del grado.

Tradicionalmente, se ha considerado, que la falta de competencia territorial o material, es un supuesto de incompetencia absoluta, que determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Así el artículo 62 LRJPAC establece que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes (...):

“b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.”

Sin embargo, la falta de competencia jerárquica, es un supuesto de incompetencia relativa, que determina tan sólo la anulabilidad de los actos administrativos dictados por el órgano incompetente. En este caso, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado de conformidad con lo establecido en el artículo 67.3 LRJPAC.

## 2) Objeto:

El objeto del acto administrativo es el contenido del mismo. Partiendo de la anterior definición de acto administrativo, el objeto de éste es la declaración de conocimiento, voluntad, juicio o deseo en que el acto consiste.

El contenido de los actos, dice el artículo 53.2 LRJPAC (...) será determinado y adecuado a los fines de aquéllos. Pero además, el contenido debe cumplir otros dos requisitos:

- a) Ser **lícito** pues el artículo 62 LRJPAC declara que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo contenido fuera constitutivo de delito. En orden a esta afirmación, la Jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, engloba no solo los delitos sino también a las faltas penales.
- b) Ser **posible**, pues el acto de contenido imposible es nulo de pleno derecho en virtud del artículo 62 LRJPAC.

## 3) Causa:

La causa constituye el porqué del acto, la razón que justifica que un acto administrativo se dicte. De esta suerte, el presupuesto de hecho del acto se incorpora como elemento del mismo.

Sin embargo, García de Enterría mantiene otra posición, pues para este autor, la causa del acto es la adecuación del mismo a los fines propios de la potestad que se ejercita, fines específicos asignados por la norma a la potestad que se crea. Así se entiende que el artículo 53.2 LRJPAC diga que

el contenido de los actos (...) será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

#### 4) Fin:

La Administración ha de someterse a la necesidad de perseguir el interés público en cada una de sus actuaciones. De ahí el gran acierto de la Constitución al determinar que los Tribunales controlan el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE). En este sentido, el artículo 63 LRJPAC, declara que son anulables los actos de la Administración, que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (artículo. 70.2 LRJCA).

Según Garrido Falla, así como el elemento causal se determina con la contestación a la pregunta “¿Por qué?”, el elemento finalístico del acto es la respuesta a la pregunta “¿para qué?”.

#### **5) La forma.**

Dentro de la teoría de los actos administrativos, el término “forma” cobra dos acepciones:

a) La forma como modo de producción de los actos administrativos, esto es, como procedimiento administrativo. Esta acepción tiene una especial relevancia desde el momento en que el procedimiento administrativo ha pasado a ser una exigencia constitucional consagrada en el artículo 105.c) CE y porque su observancia se eleva a requisito de validez de los actos administrativos en el artículo 62.e) LRJPAC, pues se sanciona con nulidad a

aquellos actos que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

b) La forma como modo de exteriorización de la voluntad administrativa, siendo su regla general el principio de libertad de forma y ello sin perjuicio del régimen establecido al efecto en el **artículo 55 LRJPAC**:

“1. Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.

2. En los casos en que los órganos administrativo ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.”

Respecto del defecto de forma, el art. **63.2 LRJPAC** establece que sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. Las irregularidades formales que no cumplan estas características ni siquiera van a comportar la posibilidad de anulación del acto. Se tratará entonces de las llamadas “irregularidades no invalidantes”.

Por otro lado, y en relación con la forma de los actos administrativos, requiere una mención especial la **motivación** que consiste en expresar en el acto administrativo las razones (de hecho y de derecho) que han movido a la Administración para dictarlo. El régimen jurídico de este elemento formal del acto administrativo se contiene en el **artículo 54 LRJPAC** que establece:

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.
- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los funcionamientos de la resolución que se adopte.”

La relevancia constitucional de este requisito formal de los actos administrativos y por tanto, la posibilidad de acceder al recurso de amparo

por vulneración del art. 24 CE, ha sido analizada por nuestro **Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 17/2009, de 26 de enero**, que establece: *“En consecuencia, la pretendida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se imputa a las resoluciones administrativas impugnadas en amparo ha de ser rechazada, sin que corresponda a este Tribunal pronunciarse sobre la suficiencia o insuficiencia de motivación de dichas resoluciones. Pues, «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales ( SSTC 36/1982 [ RTC 1982, 36] , 66/1995 [ RTC 1995, 66] o 128/1997 [ RTC 1997, 128] , entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones» ( STC 7/1998, de 13 de febrero [ RTC 1998, 7] , F. 6, cuya doctrina recuerda la STC 236/2007, de 7 de noviembre [ RTC 2007, 236] , F. 12). No estando en el presente caso ante ninguno de estos supuestos excepcionales (actos administradores sancionadores o limitativos de derechos fundamentales), este Tribunal no puede pronunciarse, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, acerca de si la motivación de la resolución de la CNEAI por remisión al informe del Comité Asesor correspondiente satisface las exigencias de motivación establecidas por el art. 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria que no alcanza dimensión constitucional.”* Es decir, la regla general es que la motivación será un debate, a priori, de legalidad ordinaria y por tanto vedado a la jurisdicción constitucional, sin perjuicio de la existencia de casos excepcionales representados por las sanciones administrativas o los actos limitativos de derechos fundamentales.

Finalmente, en cuanto a la eficacia anulatoria que pueda tener el defecto de motivación en los actos administrativos cabe decir que la finalidad que tiene la motivación de los actos administrativos no es otra que la de exteriorizar las razones de hecho y de derecho en las que se apoya la Administración para la adopción de sus decisiones, consiguiendo con la exteriorización de las mismas que éstas sean conocidas por los interesados, y en caso de no estar conforme con ellas, defenderse de las mismas. Al respecto, la Jurisprudencia es unánime a la hora de entender que una motivación es válida cuando es suficiente para cumplir la función antes señalada, no exigiéndose por tanto que la misma deba ser extensa, ya que una motivación escueta pero suficiente será considerada como válida.

En todo caso, la motivación es un elemento formal de los actos administrativos, y los defectos de forma, conforme al art. 63.2 LRJPAC solo tienen eficacia anulatoria cuando hayan producido indefensión o se impida alcanzar el fin del acto. Además y como bien dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2000, solo cabe la anulación por la **absoluta falta de motivación** de la resolución, en este caso, sancionadora.

### **III. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

La comunicación es el medio de llevar a conocimiento de los administrados el contenido de los actos administrativos. La LRJPAC distingue dos formas de comunicar los actos:

a) La notificación: se utiliza cuando el acto se dirige a una persona o a un conjunto de personas determinadas.

b) La publicación: cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas.

A) Empezando con la **notificación** de los actos administrativos, conviene tener en cuenta el régimen jurídico establecido en la LRJPAC.

### **Artículo 58. Notificación**

“1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.”



En relación a este último apartado, debe tenerse en cuenta la **doctrina legal** fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003, en cuyo fallo establece: *«Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.*

*En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente».*

### **Artículo 59. Práctica de la notificación**

“1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por

cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

3. Este apartado ha sido derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

4. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.”

Este régimen debe completarse con la **doctrina legal** fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 28 octubre 2004, en cuanto que la expresión «*en una hora distinta*», determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación.

B) Por otro lado, el régimen jurídico de la **publicación** se contiene en los artículos. 59.6 y 60 de la LRJPAC.

#### **Art. 59.6.**

“La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos:

- a) Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada.
- b) Cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.”

#### **Artículo 60. Publicación**

“1. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

2. La publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el punto 2 del artículo 58 exige respecto de las notificaciones. Será también aplicable a la publicación lo establecido en el punto 3 del mismo artículo.

En los supuestos de publicaciones de actos que contengan elementos comunes, podrán publicarse de forma conjunta los aspectos coincidentes, especificándose solamente los aspectos individuales de cada acto.”

C) Finalmente este régimen jurídico se completa con lo establecido en el artículo 61 LRJPAC sobre indicación de notificaciones y publicaciones.

### **Artículo 61. Indicación de notificaciones y publicaciones**

“Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario Oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento.”

D) Especial referencia a las **notificaciones administrativas por correo.**

Este apartado obedece al dato cierto de que la notificación por correo certificado es el medio más habitual usado por las administraciones públicas para comunicar sus actos a los administrados. Y ello impone que, junto con las reglas generales contenidas en la LRJPAC ya citadas, deban conocerse las reglas particulares contenidas en el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en concreto, las normas contenidas en los artículos 39 y siguientes, referidos expresamente a la admisión y entrega de notificaciones de Órganos Administrativos.

El régimen jurídico establecido en los artículos citados es el siguiente:

### **Artículo 39. Carácter fehaciente de la notificación**

La entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción, sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado, cuyos efectos se regirán por las normas de derecho privado.

### **Artículo 40. Admisión de notificaciones de órganos administrativos y judiciales**

La admisión de notificaciones por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal requiere que en el envío conste la palabra «Notificación», y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución) y la indicación «Expediente núm...» o cualquier otra expresión que identifique el acto a notificar. Estos envíos se acompañarán del documento justificativo de su admisión.

### **Artículo 41. Disposiciones generales sobre la entrega de notificaciones**

1. Los requisitos de la entrega de notificaciones, en cuanto a plazo y forma, deberán adaptarse a las exigencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de aquélla sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

2. Cuando se practique la notificación en el domicilio del interesado y no se halle presente éste en el momento de entregarse dicha notificación,

podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

3. Deberá constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación en los términos previstos en el párrafo anterior, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, aviso de recibo que acompañe dicha notificación, aviso en el que el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación.

#### **Artículo 42. Supuestos de notificaciones con dos intentos de entrega**

1. Si intentada la notificación en el domicilio del interesado, nadie pudiera hacerse cargo de la misma, se hará constar este extremo en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

2. Si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa consignada en el párrafo anterior o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo siguiente, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento.

3. Una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones, durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la

dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso tendrá carácter ordinario.

4. Si estando en el domicilio la persona que pueda recibir la notificación, se niega a aceptarla y a manifestar por escrito dicha circunstancia con su firma, identificación y fecha en la documentación del empleado del operador postal, se entenderá que no quiere hacerse cargo de la misma, haciéndose constar este extremo en la expresada documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

5. Si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa consignada en el párrafo anterior o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo siguiente, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento. A partir de este momento, dicha notificación tendrá el mismo tratamiento que las que hubieren sido rehusadas o rechazadas.

6. En todos los supuestos previstos en los párrafos anteriores, el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación y en el aviso de llegada si el mismo procede.

### **Artículo 43. Supuestos de notificaciones con un intento de entrega**

No procederá un segundo intento de entrega en los supuestos siguientes:

a) Que la notificación sea rehusada o rechazada por el interesado o su representante, debiendo hacer constar esta circunstancia por escrito con

su firma, identificación y fecha, en la documentación del empleado del operador postal.

- b) Que la notificación tenga una dirección incorrecta.
- c) Que el destinatario de la notificación sea desconocido.
- d) Que el destinatario de la notificación haya fallecido.
- e) Cualquier causa de análoga naturaleza a las expresadas, que haga objetivamente improcedente el segundo intento de entrega.

En los supuestos previstos anteriormente, el empleado del operador postal hará constar en la documentación correspondiente la causa de la no entrega, fecha y hora de la misma, circunstancias que se habrán de indicar en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación, aviso en el que dicho empleado del operador postal hará constar su firma y número de identificación.

#### **Artículo 44. Entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos**

1. En el supuesto de entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos, se observarán las normas establecidas para la admisión y entrega de notificaciones en los artículos precedentes, con las peculiaridades establecidas en el presente artículo.

2. La entrega de notificaciones a las personas jurídicas se realizará al representante de éstas, o bien, a un empleado de la misma, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa.

3. La entrega de notificaciones a organismos públicos se realizará a un empleado de los mismos, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que



acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello del organismo público.

Asimismo, podrán entregarse en el Registro general del organismo público de que se trate, bastando, en este caso, la estampación del correspondiente sello de entrada en los documentos citados en el párrafo anterior.

Sobre este régimen jurídico cabe precisar que está anulado todo aquello que se refiera a la admisión y entrega de notificaciones de órganos judiciales por fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 8 junio 2004, pero queda intacto en cuanto a todo lo referido a los órganos administrativos.

Finalmente cabe hacer una pequeña precisión en cuanto al polémico tema de quién puede o no puede recibir la notificación a través de este sistema. En concreto nos referimos a los supuestos en que el receptor sea diferente al destinatario. Sobre este aspecto, la Jurisprudencia estableció una serie de criterios que posteriormente se plasmaron en el RD 1829/1999 ya citado. Dentro de esos criterios se admitió con carácter general la notificación hecha en persona mayor de 14 años y en los porteros y lo negó para aquellas recogidas por albañiles, electricistas...

En la actualidad, cabe decir que la respuesta se contiene en el artículo 41.2 ya citado, el cual cita a cualquier persona que se encuentre en el domicilio del receptor, pero ello debe completarse con lo establecido en el artículo 32.1.2 del mismo texto normativo y que se concreta en las personas mayores de edad presentes en el domicilio que sean familiares suyos o mantengan con el destinatario una relación de dependencia o convivencia, lo que nos permite concluir que no se admiten aquellas recogidas por los menores de 18 años y si las recogidas por el portero siempre que se cumpla con lo establecido por el artículo 38, párrafo séptimo y octavo, es decir, que medie autorización expresa del interesado.

### E) Las **comunicaciones y notificaciones electrónicas**.

Esta materia se regula en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En concreto los artículos 27 y 28 de la mencionada Ley establecen el régimen jurídico de las comunicaciones y de las notificaciones electrónicas, pues evidentemente las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos no pueden quedarse al margen de las nuevas tecnologías. Es precisamente esta finalidad de adaptación de los medios de las Administraciones Públicas a la sociedad, la que motivó la promulgación de la Ley 11/2007.

Y así, para las **comunicaciones electrónicas** rige el principio de **libertad de elección** ya que conforme al **artículo 27 Ley 11/2007**, los ciudadanos podrán elegir la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, salvo que una norma con rango de Ley establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. Esta opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido y por tanto optar por un medio no electrónico.

Y viceversa, para que las Administraciones Públicas puedan utilizar medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos, éstos deben haberlo solicitado o consentido expresamente.

Finalmente como **requisitos** para que las comunicaciones electrónicas sean válidas se requiere que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas (artículo 27.3 Ley 11/2007).

En cuanto al régimen jurídico de las **notificaciones electrónicas** que se contiene en el **artículo 28 Ley 11/2007** , cabe decir que también parte del ya citado principio de libertad de elección pues para llevar a cabo una notificación electrónica se requiere que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización.

Y en cuanto a los **requisitos**, el citado artículo 28 establece:

“2. El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.

3. Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.”

De conformidad con la Disposición Final 1ª de la citada Ley 11/2007, los preceptos transcritos tienen carácter básico y se desarrollan en el Título V del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. En concreto las comunicaciones electrónicas del citado artículo 27 se desarrollan en los artículos 32 a 34 Real Decreto 1671/2009, mientras que las notificaciones electrónicas del artículo 28 de la Ley 11/2007 se desarrolla por los artículos 35 a 40 Real Decreto 1671/2009. De estos preceptos destaca en el artículo 39 la notificación en direcciones de correo electrónico siempre que se genere automáticamente un acuse de recibo a efectos de acreditar su

recepción y que se origine en el instante en que el interesado acceda al contenido del acto notificado.

NATALIA SOLAR JIMENO

## **BIBLIOGRAFÍA**

- García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 13ª Edición, 2006, Navarra.
- Andrés Pérez, Mª.R.: *La notificación y publicación de los actos administrativos*, Editorial Bosch, 2006, Barcelona.

## **12. LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.**

## **TEMA 12.**

### **LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN**

#### **I. LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES.**

Por eficacia de los actos administrativos se entiende, en sentido amplio, la producción de los efectos propios de cada uno, definiendo derechos y creando obligaciones de forma unilateral. En sentido más limitado, la eficacia se suele referir al tiempo o momento a partir del cual el acto administrativo produce esos efectos. El sistema administrativo español, al igual que ocurre con los sistemas de nuestro entorno más próximo (así, Francia, Alemania e Italia), se caracteriza por que la Administración goza de la potestad de ejecutividad inmediata de sus actos y estos producen efectos jurídicos desde el primer momento. No obstante, conviene también decir que no todos los actos administrativos producen la misma eficacia jurídica. Indudablemente, existen, en relación a su eficacia, diferencias entre los actos favorables y los desfavorables o de gravamen, y también es de considerar la existencia de actos que producen efectos frente a terceros ajenos al mismo, por no ser sus destinatarios.

Al margen de estas hipótesis, que distinguen la eficacia de los actos según su contenido o su ámbito subjetivo, la regla general relativa a la eficacia del acto se contiene en el art.57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (en adelante L.30/1992) y viene caracterizada por los siguientes principios generales:

#### **1. Presunción de legalidad.** De acuerdo con el art. 57.1 L.30/1992

*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.*

Este artículo establece una presunción de validez *iuris tantum* que traslada al particular afectado por el acto la carga de probar su invalidez a través de la correspondiente impugnación.

Señala la doctrina que, para que la presunción opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la Ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que le presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo, al ordenar conductas imposibles o delictivas, o al adoptar sus decisiones con total y absoluto olvido de los procedimientos legales. Sucede así que el acto es absoluta y radicalmente nulo (nulidad de pleno derecho) y por ello no es susceptible de producir efecto alguno. Este planteamiento ha sido ratificado por la vigente L. 30/1992, cuyo artículo 111 autoriza a suspender los actos nulos de pleno derecho, excepcionando de ese modo la regla general de la eficacia inmediata. En la base de esta determinación legal está, pues, la idea de que la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna.

En la práctica, hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es, en definitiva, una cuestión de hecho, y que la propia Administración, puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea

susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (por ejemplo, la multa de tráfico impuesta por un simple particular), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material sólo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes.

**2. Principio de eficacia inmediata:** A pesar de que el art. 57.1 L.30/1992 establece como regla general la eficacia inmediata del acto, ello no está exento de excepciones. El propio artículo 57.1 se refiere al supuesto de que en el mismo acto se disponga *otra cosa*, es decir, que señale la fecha a partir de la cual va a producir efectos.

Por su parte el art. 57.2 hace referencia a los supuestos en que la eficacia del acto administrativo puede quedar demorada:

*La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*

Respecto a la demora en la eficacia *“cuando así lo exija el contenido del acto”*, parte de la premisa de la imposibilidad fáctica de la producción de efectos del acto porque éste requiere de un presupuesto material, y ajeno a él, que todavía no se ha cumplido cuando el acto se dicta. No se trata propiamente de una condición, porque no pende la eficacia de un acontecimiento futuro, sino de un puro y simple requisito de aplicabilidad atinente a algo exterior al acto mismo, y por supuesto, ajeno a la voluntad de la Administración o de los particulares. Podría decirse incluso que el acto, en si mismo, es “eficaz” pero no puede materializarse, por lo que su eficacia permanece en el plano de la pura teoría. (Ejemplo de eficacia



*demorada cuando así lo exija el contenido del acto*, como señala Enterría, sería la de la orden que un alcalde da a los comerciantes de la localidad de limpiar la nieve de las aceras, que obviamente no produce efecto alguno en tanto no se produzca el fenómeno meteorológico).

En cuanto al supuesto en que la eficacia del acto esté *supeditada a su notificación*, ocurre en aquellos casos en que es preciso algo más que el dictado del acto para que despliegue efectos: es necesario que el acto sea notificado en forma o, si así procede, publicado convenientemente, operando tal regla en garantía del ciudadano. El artículo 58.1 de la L.30/1992 dispone con carácter general que «se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos o intereses». La obligación viene enmarcada, por tanto, objetiva y subjetivamente. Desde el primer punto de vista, la obligación de notificar se refiere primariamente a las resoluciones, esto es, a los actos que ponen fin a un procedimiento, que son los que, por esta razón, afectan directa y frontalmente a los derechos e intereses de su destinatario. La Ley, sin embargo, sujeta también a esta obligación a los demás actos de los que pueda derivar, siquiera indirectamente, una afección semejante, esto es, a los actos de trámite que, por su contenido, incidan en los derechos de defensa del interesado en el procedimiento.

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación no alcanza a todos los administrados que tengan una determinada relación con la Administración, sino sólo a aquellos que tengan la condición de interesados en sentido técnico en el procedimiento, al que se refiere el artículo 31 de la Ley.

El carácter estrictamente formal de la notificación comporta una consecuencia capital: una notificación que no haya sido hecha en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada tampoco podrá producirlos en contra del interesado, ya que la

notificación demora el comienzo de la eficacia del acto. Esta regla general no admite hoy otra excepción que la contenida en el artículo 58.3 de la L.30/1992, según el cual las notificaciones que contengan el texto íntegro del acto, pero omitan alguno de los demás requisitos exigidos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o interponga cualquier recurso que proceda.

La publicación de los actos administrativos no tiene nada en común con la publicación de las disposiciones generales. Como señalan García Enterria y T.R. Fernández “es un puro sucedáneo de la notificación”, con igual trascendencia que ésta respecto del «acto administrativo que tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas» (art. 59.6 de la L.30/1992). La indeterminación previa de los destinatarios del acto y la ausencia de interesados en sentido propio son, pues, los supuestos determinantes de la procedencia de la publicación que no excusa en ningún caso el deber de la Administración de notificar el acuerdo publicado respecto de quienes «al comparecer en el procedimiento han salido del anonimato para mostrarse, en definitiva, parte interesada en el expediente». Debe advertirse, finalmente, que el riguroso sistema descrito está configurado por la Ley exclusivamente como una garantía del administrado y debe ser en consecuencia, interpretado y aplicado desde esta perspectiva. La falta de notificación (o de publicación, en su caso) en forma demora la eficacia del acto cuando éste es susceptible de producir un perjuicio a su destinatario, pero no en caso contrario. En este sentido García Enterria observa que el acto favorable no notificado o defectuosamente notificado sí produce los efectos que le son propios.

Por ello tampoco puede decirse que la notificación opere como una condición *sine quae non* de la eficacia del acto; habrá que estar al tipo de acto de que se trate y al significado institucional que el régimen de

notificación tiene, para lo que habrá de tenerse en cuenta la abundante jurisprudencia que analiza las relaciones entre notificación y eficacia del acto cuando esta es defectuosa.

Otro de los supuestos en que la ley admite la demora de la eficacia es el de la exigencia de “*aprobación superior*”. Ocurre en aquellos supuestos en los que, si bien el acto se presume válido, para que tenga lugar la producción de sus efectos se precisa la intervención de un órgano distinto al que lo emite, intervención aprobatoria que se produce *a posteriori* y que es diferente de la que se produce cuando se exige autorización -la cual afectaría a la validez del acto, pero no a su eficacia-, dado que la autorización ha de tener lugar antes del nacimiento mismo del acto. Podría decirse que, en este caso sí, la eficacia del acto queda sujeta a una condición suspensiva de aprobación, siendo ésta una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros, cuya exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto inferior.

También son excepciones a la eficacia inmediata del acto administrativo, la suspensión -que se tratará más adelante- y la retroactividad.

**Retroactividad.** De acuerdo con el art. 57.3 de la L.30/1992: *Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que la regla general es que los actos administrativos sean irretroactivos. Ciertamente existen

excepciones, pero ello es únicamente cuando se den los supuestos previstos en la Ley, y siempre que los actos sean favorables y no lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas. La eficacia retroactiva de los actos favorables está condicionada, además, a que se den los supuestos de hecho necesarios en la fecha a la que se pretenda retrotraer la eficacia del acto.

Como ya señalaba el TS en su sentencia de 21 de julio de 1989 “si bien la Ley puede establecer la retroactividad (artículo 2.3 del Código Civil) es más que dudoso que pueda hacerlo el Reglamento en base a un criterio interpretativo(...). La consagración del principio de la irretroactividad responde a la finalidad de proteger a los administrados de posibles intromisiones de la Administración en sus esferas o situaciones privativas y por eso sólo se admite la retroactividad cuando se produzcan resultados favorables para los interesados. En igual sentido el artículo 9.3 de la Constitución Española garantiza el principio respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por ello puede sostenerse el rechazo de la retroactividad «in peius» de los Reglamentos por quedar fuera de su ámbito normativo, los cuales sólo pueden lograr eficacia «ex nunc», al quedar, como materia reservada a la Ley, la retroactividad normativa”.

El legislador configura la retroactividad de los actos administrativos para supuestos establecidos con carácter excluyente que constituyan situaciones de una acusada singularidad, atribuyendo a la posibilidad de retroactividad verdadero *“carácter extraordinario, impregnado de peculiaridad, frente al obrar o proceder normal”*, como ha tenido ocasión de señalar el TS

Se ha planteado la doctrina si el reconocimiento de la eficacia retroactiva constituye o no una potestad discrecional ya que en la dicción de la norma se señala que “podrá otorgarse”, pero la respuesta ha de ser negativa ya que lo anterior supondría tanto como reconocer a la

Administración un ámbito no susceptible de control, cuando lo cierto es que lo que se otorga a la Administración con dicho precepto es una facultad cuyo ejercicio y utilización habrá de promoverse cuando concurren las circunstancias que la habiliten.

## **II. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN.**

### **A) Ejecutividad del acto administrativo.**

Dentro del estudio de la teoría de los actos administrativos hay que poner de manifiesto dos importantes privilegios de la Administración que hacen diferenciar su posición jurídica de la del resto de los sujetos de Derecho y que determinan su configuración como una persona jurídica superior. A veces se engloban estos dos privilegios en el concepto amplio de “ejecutividad”.

Sin embargo, la mayoría de los autores distinguen entre “ejecutividad” y “ejecutoriedad” del acto, y todavía un muy buen número de ellos distinguen otro privilegio más: el de la ejecución forzosa.

1. El privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, exime a la Administración, a diferencia de lo que sucede con los administrados, de acudir a los Tribunales de Justicia para obtener el reconocimiento de sus derechos o de sus pretensiones, pudiendo declararlos por sí misma (autotutela declarativa). La ejecutividad consiste en la cualidad de los actos administrativos en general, sean de gravamen o no, de crear, modificar o extinguir derechos, o de imponer deberes y obligaciones por sí mismos, es decir, sin necesidad de que otro órgano, o un Juez o Tribunal, previa o posteriormente, tenga que homologar o controlar la validez de lo declarado.

Este privilegio se expresa en el art. 56 de la L.30/1992, según el cual *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.”*

2. El privilegio de ejecutoriedad o ejecutividad inmediata de los actos administrativos, responde por su parte a una idea distinta, a pesar de su proximidad semántica con la ejecutividad.

La ejecutividad conlleva, como cualidad ínsita el hecho de que en último término el acto podrá ser ejecutado coactivamente (si es susceptible de ello por su propia naturaleza) pero sin prejuzgar a qué autoridad compete hacerlo. Así, sería perfectamente concebible que ese poder de ejecución verdaderamente exorbitante, residiera exclusivamente en los órganos judiciales, quienes se encargarían así de materializar, usando legítimamente la fuerza, los títulos ejecutivos creados por la Administración.

Pero el privilegio de la ejecutoriedad, más que referido a los actos se conecta en el Derecho Administrativo con el sujeto que los produce y consiste precisamente en que la Administración puede por sí misma, sin necesidad de obtener autorización o auxilio de los órganos judiciales, ejecutar coactivamente sus actos cuando el obligado no cumple voluntariamente lo ordenado; es decir, la Administración ostenta en virtud de este “privilegio” la facultad de asegurar por sí misma el cumplimiento de la obligación que ella misma creó unilateralmente en virtud del llamado privilegio de la decisión ejecutoria. Como se ve, la ejecutoriedad es un poder añadido al de la ejecutividad y no se confunde con él.

Lo recoge el art. 94 de la L.30/1992: *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y*

*en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”*

3. El privilegio de la ejecución forzosa o acción de oficio, que exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para imponer la realización forzosa en caso de incumplimiento por parte de los administrados de lo dispuesto en los actos administrativos. Sobre este privilegio, que recoge el art. 95 de la L.30/1992, volveremos más adelante.

## **B) Fundamento.**

La explicación del fundamento de ese poder es, como puede suponerse, uno de los aspectos más analizados por la doctrina de todos los tiempos. Convencionalmente, podemos clasificar las innumerables explicaciones de los autores en tres grandes grupos:

A) Las justificaciones de carácter estructural, basadas en la posición preeminente de la Administración, así, la idea de poder o imperium dotado de autosuficiencia (Anshutz, Kelsen, Ranelletti); las prerrogativas inherentes a la concepción del Derecho Administrativo como derecho de la *puissance publique* (Yellinek, Hauriou), o la presunción de que los actos de la Administración son legítimos (Treves, Borsi, Alcindor);

B) Las justificaciones basadas en el enlace de la prerrogativa con la consecución de fines de interés público; aquí las incontables posturas en torno a la idea del servicio público (Escuela de Burdeos y sus irradiaciones), las necesidades públicas, los intereses generales, el bien común, etc...

C) Los argumentos de orden puramente práctico: la conveniencia de que no se paralice la acción administrativa, la celeridad, la eficacia. Precisamente, en el principio de eficacia (art. 103 CE) engarza el Tribunal Constitucional

“la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública...” (STC 22/1984 de 17 de febrero).

### **C) Naturaleza jurídica de la ejecutividad y la ejecutoriedad.**

La naturaleza jurídica del privilegio de ejecutividad puede determinarse a través de las siguientes características del mismo:

1. Tiene carácter apriorístico. Este privilegio significa exclusivamente que la actividad administrativa no se encuentra “a priori” mediatizada por los Tribunales. Ahora bien, otra cosa muy diferente es eximirla de control “a posteriori” por los Tribunales, exención inadmisible en nuestro derecho por dos razones:

a) La formulación constitucional del principio de legalidad administrativa, principalmente en los arts. 9.1, 103 y 106 CE. Particularmente, el art. 106 dispone que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa.

b) La existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, que es una jurisdicción ordinaria, aunque especializada, plenamente encuadrada en el Poder Judicial.

2. Tiene una naturaleza eminentemente procesal, consecuencia de ello, sus efectos fundamentales son:

a) Determina una presunción de validez “iuris tantum” en los términos que señala el art. 57.1 de la L.30/1992, ya examinado. Esta presunción de validez produce una inversión de la carga de la prueba. Es al particular a quien incumbe la demostración de la invalidez del acto.

b) Establece, como regla general la inadmisibilidad de la suspensión del acto administrativo, lo que nos lleva a conectar el privilegio de la



ejecutividad con el de la ejecutoriedad o ejecutividad inmediata del acto, establecido en el art. 94 de la L.30/1992, ya examinado, salvo las excepciones previstas en el propio artículo, que en seguida se expondrán.

3. Determina un régimen interdictal específico respecto de la administración, en los términos del art. 101 de la L.30/1992, según el cual no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

4. Finalmente, la Administración, en virtud de este privilegio, no necesita un proceso declarativo para obtener un título ejecutivo.

## **B) Suspensión.**

El privilegio de la ejecutividad del acto administrativo supone, como regla general, la **inadmisibilidad de la suspensión** del acto administrativo. Como ya se señaló, el art. 94 de la L.30/1992 establece que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos. Este artículo establece como excepciones a esta ejecutividad inmediata:

- 1.** Que una disposición establezca lo contrario.
- 2.** Que necesiten autorización o aprobación superior.
- 3.** Lo dispuesto en el art. 138, según el cual, en el procedimiento sancionador sólo serán ejecutivas las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa.
- 4.** Que se acuerde la suspensión de la ejecución del acto de acuerdo con lo previsto en el art. 111, según el cual:

*1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*

*b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*

La suspensión implica, en cualquier caso, una transitoria paralización de la eficacia de un acto, ya que si la suspensión fuese indefinida, equivaldría a la extinción del acto, a su eliminación.

Como regla general, la interposición de recursos, administrativos o contencioso-administrativos, no suspende la ejecución de los actos administrativos. Se trata de evitar con la mencionada regla que la actividad de la Administración, orientada por principio a la satisfacción del interés general, pueda quedar paralizada, en perjuicio del interés público por la simple oposición de un particular. No obstante, la aplicación rígida de este principio podría hacer ilusorio el propio derecho de recurso que reconocen las Leyes a todo ciudadano, ya que en muchos casos, la estimación a posteriori del recurso no permitiría reconstruir la situación alterada por el acto recurrido. Por ello y para conseguir un cierto equilibrio entre ambos principios – garantía del interés público y derecho a una

defensa efectiva- la Ley establece una excepción a la regla general, facultando a la Administración y a los Tribunales, según los casos, para suspender la ejecución de los actos “en caso de que dicha ejecución pudiera causar daños de imposible o difícil reparación”, aunque lo cierto es que tanto la Administración como los Tribunales han venido interpretando esta excepción muy restrictivamente.

En cualquier caso, para resolver sobre la suspensión de la eficacia, la Administración debe decidir ponderando los intereses en juego -*el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido*- a cuyo fin el interesado corre con la carga de alegar y probar los hechos en que fundamente la solicitud de suspensión del acto.

La posibilidad de exigir la prestación de caución para responder de los perjuicios que para el interés público o de terceros puedan eventualmente resultar de la suspensión misma está hoy prevista en el artículo 111.4, según el cual “*Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.*”

*Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente*

Contempla la Ley que la suspensión pueda producirse automáticamente por el transcurso de 30 días desde la solicitud de suspensión sin que haya recaído resolución expresa al efecto ( art. 111.3 ), y contempla también la prolongación de la suspensión, después de agotada la vía administrativa, cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Además,

determina que si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.(art.111.4 in fine)

Por ultimo, cando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, exige la Ley que la suspensión de su eficacia se publique en el periódico oficial en que aquél se insertó. (art. 111.5)

### **III. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.**

Con el nombre de ejecución forzosa o acción de oficio se conoce en nuestro Derecho al privilegio que, como ya hemos apuntado, exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para obligar al administrado a la realización de un acto administrativo, en caso de incumplimiento de aquél.

La formulación legal de este privilegio se contiene en el art. 95 de la L.30/1992, a cuyo tenor, *“las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo:*

- 1) en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley,*  
*o*
- 2) cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.”*

Existen, pues, supuestos excluidos de la ejecución forzosa, que pueden enumerarse con arreglo al siguiente criterio clasificatorio:

- a) supuestos expresamente contemplados en el artículo 95 de la L.30/1992

- b) otros supuestos no mencionados en dicho artículo pero incluibles en él;
- c) situaciones especiales por las que atraviesan ciertos actos que son impositivos de su ejecución forzosa.

La primera excepción contemplada en el artículo 95 hace referencia a “los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley”. La fórmula alude a cualquier tipo de suspensión que las leyes puedan contemplar, lo que engloba, lógicamente, tanto la suspensión acordada en vía administrativa (art. 111 de la L.30/1992) como jurisdiccional (arts. 129 y ss. LJCA).

Hay que incluir igualmente los supuestos de suspensión automática contemplados en las leyes, como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de liquidaciones tributarias en el procedimiento económico-administrativo, cuando el recurrente afianza el pago del importe de la deuda.

La otra excepción contenida en dicho artículo tiene lugar “cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”. El precepto se refiere a la necesaria inserción, dentro del procedimiento de ejecución, de una intervención judicial llamada a posibilitar la utilización de medios coactivos por la Administración autora del acto, cuando dicha utilización es susceptible de colisionar con derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la entrada en domicilio, que habrá de ser autorizada por órgano jurisdiccional.

Lo previsto en el artículo 95, ha de completarse con las siguientes exclusiones:

- Los actos administrativos que por su propia naturaleza no son susceptibles de ejecución forzosa; así, los actos que declaran un derecho a favor del destinatario, agotando su eficacia práctica con dicha declaración.

- Que una ley excluya expresamente la posibilidad de la ejecución forzosa. Tal ocurre, por ejemplo, en el supuesto del artículo 100 de la L.30/1992, según el cual no cabe la compulsión personal respecto de las obligaciones personalísimas de hacer. Pero la hipótesis que contemplamos se refiere más propiamente a la posibilidad de que una norma impida precisamente a la Administración pública la realización forzosa de actos pertenecientes a determinado sector de actividad, quedando excepcionado para ese sector el privilegio administrativo de la ejecutoriedad, con el consiguiente traspaso de esa función a los órganos judiciales. Se trataría, pues, de actos cuya realización efectiva quedaría vedada a los órganos de la Administración pública.

- Los actos que se producen en las relaciones interadministrativas, ya que las Administraciones no pueden compelerse entre sí de manera coactiva, salvo que una superior esté ligada a la inferior por relación de dependencia (caso de las entidades instrumentales).

A las anteriores excepciones hay que sumar las contenidas en el artículo 94: *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”*

- Las resoluciones sancionadoras por cuanto éstas sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa (artículo 138.3: 3. *La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.*), solución ésta, inspirada en la doctrina de la STC 66/1984 de 6 de junio; vid. también Auto TS 12 Abril 1996; que viene a conciliar el principio de autotutela de la Administración con el de presunción de inocencia y de no indefensión (art.

24 CE) al permitir que la sanción impuesta pueda ser inmediatamente revisada y en su caso suspendida por los Tribunales de lo contencioso administrativo, ello sin perjuicio de que durante la vía administrativa la Administración pueda adoptar medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión.

- Relaciones con eficacia demorada por requerir aprobación o autorización superior (art. 57 : *La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*). Se trata de actos que aunque perfectos en sí mismos, precisan para ser eficaces de un acto complementario de órgano superior. En puridad los referidos supuestos no constituyen propiamente excepciones a la ejecución forzosa sino que hacen referencia a situaciones de los actos impeditivos de esa ejecución.

Por lo que se refiere propiamente a los “**Procedimientos**” de ejecución forzosa ha de decirse que la ley no regula un verdadero procedimiento de ejecución, sino que establece algunos requisitos que se deberán cumplir para la ejecución de los actos administrativos, estableciendo, como no podía ser de otra manera, limitaciones a tal privilegio de la Administración:

1. El primero de ellos se refiere al acto previo de cobertura que legitima la ejecución y sin el cual ésta es radicalmente nula (*nulla executio sine titulo*). Ha de tratarse de una resolución -no de un acto de trámite-finalizadora de un procedimiento, debidamente notificada al obligado (art. 93.2: *El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa*), que explice con absoluta precisión el alcance exacto de la obligación, requisito sin el cual no podría imputarse incumplimiento alguno al interesado, pues este no sabría a qué atenerse. Esta “decisión ejecutoria” no puede estar incurso en ninguna causa de

ineficacia, sea definitiva (caducidad) o temporal (suspensión). Lógicamente, no debe haber sido anulada, pues esta circunstancia dejaría carente de base el ulterior proceso de ejecución. Ahora bien, la ejecución no requiere que esa resolución o título habilitante sea firme, y ni siquiera que haya agotado la vía administrativa, salvo alguna excepción como la contenida en el ya referido artículo 138.3 de la L.30/1992.

2. En segundo lugar, es necesario que el interesado haya gozado de un plazo suficiente para la ejecución voluntaria del acto en cuestión; y que dicha obligación se halle incumplida. El artículo 95 señala como requisito el “previo apercibimiento”, cuya ausencia de regulación ha suscitado no poca controversia en la doctrina. El apercibimiento constituye la advertencia al interesado de que si no cumple lo ordenado en un plazo señalado al efecto se pondrá en marcha determinado procedimiento de ejecución. La Ley sólo exige que el obligado haya incumplido, no que sea recalcitrante en el incumplimiento, y por eso muchos autores señalan que el propio título ejecutivo podrá ya servir como apercibimiento. No obstante, la cuestión es confusa y existe jurisprudencia que deduce la obligación de dar al administrado una segunda oportunidad, requiriéndole separadamente para la ejecución del acto previamente notificado.

Cubiertos estos requisitos, el procedimiento de ejecución podrá iniciarse, bien de oficio o a instancia de tercero interesado en la ejecución del acto.

Hay que señalar que el procedimiento de ejecución puede quedar viciado por:

A) Irregularidades que afecten al título ejecutivo: ausencia de decisión previa, cesación de su validez o eficacia, falta de notificación o del apercibimiento previo); o



B) Por irregularidades producidas en la fase de ejecución misma (abuso de la fuerza), tales como la discordancia entre la decisión y la ejecución material, la inadecuación de los medios de ejecución o la falta de proporcionalidad.

Algunos de estos vicios pueden convertir la actuación administrativa en pura vía de hecho lo que facultaría al interesado para reaccionar contra esos ataques directos e ilegítimos sobre sus bienes por esta vía.

Por lo que se refiere a los **Medios de ejecución forzosa**, según el art. 96 de la L.30/1992, *la ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:*

- a) Apremio sobre el patrimonio.*
- b) Ejecución subsidiaria.*
- c) Multa coercitiva.*
- d) Compulsión sobre las personas.*

*Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.*

*Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.*

A continuación, la Ley regula, en sucesivos artículos, cada uno de estos medios:

1. Artículo 97. Apremio sobre el patrimonio:

*Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva.*

*En cualquier caso no podrá imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no estuviese establecida con arreglo a una norma de rango legal.*

El procedimiento recaudatorio tributario en vía ejecutiva se regula en los arts. 70 y ss. del Real Decreto 939/2005, de 29 julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación

## 2. Artículo 98: Ejecución subsidiaria:

*“Habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado.*

*En este caso, las Administraciones Públicas realizarán el acto, por sí o a través de las personas que determinen, a costa del obligado.*

*El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.*

*Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva.”*

Como su propio nombre indica, la ejecución subsidiaria consiste en la realización de lo ordenado en el acto administrativo previo por persona distinta del destinatario del mismo y por cuenta de éste. La ejecución subsidiaria no impone, por tanto, ninguna carga nueva al destinatario del acto, por lo cual la utilización de este medio de ejecución forzosa no requiere ninguna cobertura legal específica. Basta simplemente la previsión contenida con carácter general en el artículo 98. Por su propia naturaleza,

la ejecución subsidiaria sólo procede en los casos en que «se trate de actos que por no ser personalísimos pueden ser realizados por sujeto distinto del obligado» , es decir, en relación a obligaciones o prestaciones fungibles, tales como realización de obras, derribo de construcciones, etc...

En tales supuestos la Administración puede realizar por sí misma las obras o bien encargar su ejecución a un tercero, bien entendido que los gastos que pueda originar la ejecución, incluidos los daños y perjuicios que eventualmente puedan producirse, corren a cargo del obligado por el acto que se trata de ejecutar, a quien, incluso, puede exigírsele con carácter cautelar el previo abono de las cantidades previstas, a reserva de la correspondiente liquidación definitiva (número 4 del citado artículo 98).

La ejecución subsidiaria supone, pues, en último término, la conversión de la obligación que el acto impone en una deuda pecuniaria, susceptible de ser satisfecha por la vía de apremio (número 3 del art. 98) si el obligado sigue resistiéndose a esta nueva forma de cumplimiento. Cualquier otra resistencia del obligado, sobre quien pesa el deber de tolerar cuantas acciones sean necesarias para llevar a cabo la ejecución puede ser removida utilizando otro de los medios de ejecución forzosa que prevé la L.30/1992, la compulsión sobre las personas.

### 3. Artículo 99. Multa coercitiva:

*“Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:*

*a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.*

*b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.*

*c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.*

*La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”*

La ley prevé, en este artículo, la posibilidad de vencer la resistencia de los particulares afectados por un acto administrativo mediante la imposición de multas sucesivas. Estas multas no tienen carácter retributivo alguno, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. Las multas coercitivas no tienen, pues, nada que ver con las multas-sanción. No son sanciones propiamente dichas y, por tanto, son compatibles con ellas, de modo que no puede hacerse entrar en juego el principio *non bis in idem*. Este medio de ejecución forzosa impone sobre el destinatario del acto que se trata de ejecutar una obligación nueva y distinta de la establecida en dicho acto. Esto explica que la utilización del sistema de las multas coercitivas exija una cobertura legal específica, que el acto previo a cuyo servicio se establece no proporciona. Según observa G.Enterría, el precepto legal emplea el término «leyes» con minúscula, lo cual plantea la duda de si se está refiriendo a las leyes formales o, en general, a cualquier norma jurídica. Dado el carácter excepcional de este medio de ejecución forzosa, y el hecho de que su utilización se traduzca en la imposición de nuevas cargas para el particular afectado, habrá que inclinarse por la primera solución y a afirmar que sólo por Ley formal podrá autorizarse el empleo de este procedimiento. En cualquier caso, es de esencia al sistema la posibilidad de reiterar las multas, así como la observancia del principio de proporcionalidad. No se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento de un acto administrativo, sino sólo de remover esa resistencia, forzando la voluntad contraria al mismo. Es, pues, imprescindible ofrecer al obligado tiempo bastante para cumplir lo ordenado antes de imponer una nueva multa y es también necesario formular cada vez los apercibimientos e intimaciones precisos.

El artículo 99 de la L.30/1992 señala los supuestos en que, en principio, es posible su imposición y lo hace en unos términos muy amplios, de forma que quedan comprendidos en la enumeración todos los actos posibles, ya que alude tanto a los actos personalísimos en que no proceda o no se estime conveniente la compulsión directa, como a aquellos otros «cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona» - lo cual no parece tener demasiado sentido, ya que si la ejecución del acto puede llevarla a cabo cualquier persona, lo lógico es acudir al sistema de ejecución subsidiaria, que garantiza una ejecución más rápida incluso, y responde mejor al principio de proporcionalidad que debe presidir la elección y utilización de todos los medios de ejecución forzosa, en la medida en que no impone al obligado nuevas cargas, perfectamente innecesarias para conseguir el fin perseguido-. Como es natural, la imposición de multas coercitivas se reconduce también al apremio sobre el patrimonio, ya que, si tales multas no se pagan voluntariamente por el sujeto pasivo de las mismas, la Administración podrá proceder a su exacción por la vía de apremio.

#### 4. Artículo 100. Compulsión sobre las personas

*“Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.*

*Si, tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.”*

Es éste el último y más radical de los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley, en cuanto que se traduce pura y simplemente en el empleo de la fuerza sobre las personas, eliminando la libertad de las mismas. Dadas sus características, el empleo de la compulsión sobre las personas como medio de ejecución forzosa de un acto administrativo no procede sino cuando no basten los demás medios de ejecución para asegurar el cumplimiento del acto. Por eso, el artículo la refiere exclusivamente a las obligaciones negativas, consistentes en no hacer o soportar algo y a las obligaciones que consisten en un hacer personalísimo, ya que en todos los demás casos (obligaciones de dar o de hacer no personalísimas) el cumplimiento puede garantizarse por otros medios.

En cualquier caso se exige un fundamento legal específico («en los casos en que la Ley expresamente lo autorice») y marca unos límites estrictos dentro de los cuales ha de mantenerse necesariamente la actividad de ejecución (“dentro siempre del respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”). La compulsión directa sobre las personas tiene su campo propio, y prácticamente único, en el ámbito del orden público y en las zonas próximas al mismo. En lo que se refiere a las obligaciones personalísimas de hacer, el empleo de la compulsión directa es, en efecto, posible, pero su eficacia es, obviamente, muy limitada. La propia Ley es consciente de ella al disponer en el número 2 del artículo 100 que si la obligación personalísima consistiera en hacer y «no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa». En este caso, la imposibilidad de cumplimiento in natura obliga a convertir la prestación debida en una deuda pecuniaria (cumplimiento por equivalente), que remite en última instancia a la utilización del apremio.

CRISTINA DÍAZ CARBAJO

#### BIBLIOGRAFIA:

- GARCIA DE ENTERRIA, E.; y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *"Curso de Derecho Administrativo"*, Editorial Civitas; vol. I, 12ª edición, Madrid 2004; vol. II, 9ª edición, Madrid.2004.
- GONZALEZ PEREZ, J.. *"Comentarios a la Ley de Régimen de Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Comun "*. Civitas Ediciones (4ª ed.,) Madrid .2007
- BARCELONA LLOP, J. *"Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos"* - Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander. 1995.
- SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *"Principios de Derecho Administrativo General"*;Iustel, Madrid 2004.
- PARADA VAZQUEZ, J.R.: *"Derecho Administrativo"*, Vols I y II, Editorial Marcial. Pons, Madrid 2005.

**13. NULIDAD DE PLENO  
DERECHO Y ANULABILIDAD DE  
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.  
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS  
IRREGULARES. LA  
CONVALIDACIÓN,  
CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN  
DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS. LOS  
ERRORES MATERIALES O DE  
HECHO.**



## **TEMA 13-**

### **13. NULIDAD DE PLENO DERECHO Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. LA CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ERRORES MATERIALES Y DE HECHO.**

El artículo 103.1 de la Constitución Española establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y, en lo que ahora nos interesa, con una mención expresa a que lo realiza “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

El proceder irregular de la Administración, esto es, su apartamiento al sometimiento pleno a la ley y al Derecho, puede dar lugar a una invalidez de la actuación administrativa que haya incurrido en dicho exceso, y dentro de ella puede haber diferentes grados. También es posible que esa irregularidad jurídica no tenga una entidad suficiente para producir un efecto anulatorio, dando lugar a la denominada irregularidad no invalidante.

En el Derecho civil la regla general es que un acto jurídico que vulnera el ordenamiento jurídico es un acto nulo de pleno derecho, si bien también hay espacio para la figura de la anulabilidad. En realidad, en este campo del Derecho, el efecto es igual en esencia, la expulsión del acto del mundo jurídico. La diferencia es quien puede instar la declaración de invalidez. Así, la anulabilidad aparece cuando el correcto improceder deriva de un vicio en el consentimiento o en la capacidad. En este caso, es aquel cuyo consentimiento se erigió en contra de lo dispuesto en el Código Civil o actuó sin capacidad, el que puede instar la invalidez del negocio, mientras que en el resto de las vulneraciones jurídicas la nulidad la puede instar cualquier interesado.

En el derecho administrativo, por su parte, y dada la operatividad de principios como el del antiformalismo, conservación o economía procedimental y procesal, las irregularidades pueden alcanzar tres niveles: nulidad de pleno derecho, anulabilidad y mera irregularidad no invalidante.

Antes de entrar en la distinción de las tres figuras aludidas es necesario recordar alguno presupuestos inherentes a la concepción esencial de los actos administrativos.

El artículo 57.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, recoge un apriorismo que es necesario destacar: *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos*

Esta presunción legal de validez supone que mientras no se declare, sea por la propia Administración o por la jurisdicción contencioso-administrativo, la irregularidad de un acto administrativo, éste opera en el mundo jurídico. Recordamos que dentro de esos efectos están el de ejecutividad de los actos administrativos, efecto en virtud del cual los actos producen efectos desde que se dictan, y el de ejecutoriedad, que implica que la Administración puede llevar a término esos efectos por sus propios medios.

Ahora bien, para impedir el despliegue de estos efectos el interesado tiene diferentes medios, como son, por supuesto los recursos administrativos y el ulterior contencioso administrativo, pero también la posibilidad de que mientras ese pronunciamiento de invalidez no llega, solicitar la adopción de medidas cautelares, como la de suspensión de los efectos de la actuación administrativa, tanto en la fase administrativa como en la judicial.

Decíamos antes que, en el campo de las irregularidades del Derecho Administrativo se suele distinguir entre la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y las irregularidades no invalidantes.

Antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, debemos añadir que hay autores que también citan otra categoría más, cuál es la de acto inexistente, si bien no es una postura pacífica. Para los que aluden a esta figura, su aparición surge cuando los vicios de un acto son de tal entidad que ni siquiera se puede percibir la existencia de un acto administrativo, puesto que no tiene la mínima apariencia de tal. Los autores que recogen esta categoría la refieren para casos en los que el acto más que inválido es que ya ni es acto. Para otros autores, si no hay acto más que acto inexistente, habría inexistencia de acto, o bien estaríamos ya ante una nulidad de pleno derecho.

Comenzando, entonces, por la categoría de la irregularidad no invalidante, esta aparece cuando un acto, si bien infringe el ordenamiento jurídico, no tienen entidad suficiente para producir su anulabilidad. Luego nos adentraremos en esta institución.

La nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta es el supuesto máximo de invalidez, por ello esta figura debe ser aplicada con prudencia, pues también son máximas sus consecuencias. Sus notas son: imprescriptibilidad del acto nulo de pleno derecho, retroacción de los efectos, e imposibilidad de convalidación o conversión. La nulidad debe ser aplicada restrictivamente por los órganos judiciales, tal y como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia del 25 de abril de 2002.

Como avanzábamos, la nulidad absoluta comporta una serie de consecuencias, como es la ineficacia inmediata del acto a todos los efectos

(erga omnes) y la imposibilidad de sanear el acto por confirmación o prescripción. El carácter erga omnes de la nulidad absoluta significa que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta contra y a favor de cualquiera. Cualquier persona puede instar la nulidad y, sin que haya petición de parte, el juez puede y ha de apreciarla por su propia iniciativa y en cualquier momento, porque la acción de nulidad absoluta no se extingue ni por caducidad ni por prescripción.

De todas formas, el hecho de que la nulidad de pleno derecho se pueda hacer valer en cualquier momento, no significa que no haya que utilizar para ello los procedimientos previstos para lograr ese fin, sea en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común sea en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De todas formas, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se pone de manifiesto en la siempre última posibilidad de que el interesado inste, en cualquier momento, la petición de revisión de oficio del artículo 102, y ante su desestimación expresa o presunta, acudir a la jurisdicción contenciosa.

En cambio, en la nulidad relativa o anulabilidad el afectado puede pedir la declaración de nulidad dentro de un plazo determinado, pasado el cual, si no hay reacción, el acto se saneará y el vicio de nulidad desaparecerá. Es decir, la falta de ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien pueda ejercitarla tienen por efecto sanear el acto viciado. El vicio es, asimismo, susceptible de convalidación por el autor del acto antes de que transcurra el plazo de impugnación, con el simple hecho de subsanar la infracción legal cometida.

Para la doctrina, la interposición de un recurso contra el acto administrativo nulo, dentro de los plazos legalmente previstos, no tiene sin embargo el mismo sentido que la impugnación de los actos administrativos anulables. La impugnación de estos últimos es una carga del particular afectado por aquellos, un comportamiento que ha de adoptar si quiere evitar la convalidación del acto anulable. En los actos nulos, en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto a comportamiento que ha de adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmediatos del acto administrativo nulo. En este caso la impugnación no tiene nada que ver con la validez del acto nulo, el cual seguirá siendo inválido por él mismo, dada la imposibilidad de convalidación de la nulidad absoluta por consentimiento o por cualquier otro medio. En otras palabras, si no se recurre el acto nulo en el plazo previsto el acto producirá sus efectos, pero no se convertirá en un acto válido y la nulidad inicial podrá ser declarada en cualquier momento posterior, por ejemplo, a través de la técnica de la revisión de los actos administrativos (artículo 102.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), como ya expresamos.

En definitiva, entre la nulidad absoluta y la relativa o anulabilidad, podemos trazar al menos las siguientes diferencias:

- 1.- La nulidad absoluta puede hacerse valer en cualquier tiempo y momento, y la relativa sólo en los tiempos preclusivos establecidos por la Ley para su impugnación o revisión.
- 2.- Los efectos de la nulidad de pleno derecho son “ex tunc”, se retrotraen al momento en que se dictó el acto, y los de la anulabilidad son “ex nunc”, desde que se declara por la autoridad administrativa o judicial.
- 3.- Los actos nulos no son convalidables, ni se subsanan por el transcurso del tiempo, posibilidades abiertas para los actos anulables.

#### Supuestos de nulidad de pleno derecho.

El artículo 62 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

Es procedente que aportemos unas notas sobre el alcance de cada una de estas determinaciones:

- 1) Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

La nulidad radical se reserva tan sólo para los actos que lesionen los derechos y libertades contenidos en los arts. 14 a 29 de la CE, y la objeción de conciencia del artículo 30.

La Ley 4/1999, do 13 de enero, suprimió en este apartado a) del párrafo primero la expresión “contenido esencial” que figuraba en relación a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

2) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

El carácter manifiesto exige que sea notorio, evidente, y aparezca de manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico alguno su comprobación por saltar a primera vista.

La regulación que se efectúa respecto a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente excluye el supuesto de la incompetencia por razón de la jerarquía, ya que en este caso siempre cabría la posibilidad de convalidación del acto administrativo. En efecto, la incompetencia jerárquica no produce la nulidad radical del acto dictado, y ello porque en estos casos es posible la convalidación del acto por el superior jerárquico del órgano que lo dictó (artículo 67.3).

Para órganos consultivos como el Consejo de Estado, la incompetencia manifiesta no es sólo la que aparece de un modo claro y patente, sino también la incompetencia grave que afecta al orden público que, por esa razón, se presenta con carácter de evidencia.

3) Los actos de contenido imposible.

La imposibilidad comprende la falta de sustrato personal, como sería, por ejemplo, el nombramiento como funcionario en favor de una persona fallecida y/o la falta de sustrato material, cuando la ejecución de lo que el acto impone es material o técnicamente imposible.

Sin embargo, no comprende la imposibilidad legal pues ello llevaría a considerar como nulo de pleno derecho todo acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico.

Según la doctrina, la imposibilidad ha de ser originaria, puesto que si después de dictado el acto éste deviene imposible, hablamos de un problema de eficacia, no de validez.

4) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

Se refiere a las infracciones que pueda cometer la autoridad o el funcionario con motivo de la emanación de un acto administrativo. La

dicción infracción penal comprende tanto las conductas que sean constitutivas de delito como de falta.

Uno de los principales problemas que se han planteado respecto a este tipo de actos es determinar si la declaración de nulidad puede hacerse directamente por el Tribunal de lo Contencioso o es necesario que, como cuestión prejudicial se pronuncie sentencia condenatoria previa por los órganos de la jurisdicción penal. La solución generalmente admitida, sobre la base del artículo 10 LOPJ es que, tiene que haber una sentencia penal condenatoria por delito o falta, aunque admitiendo algunos supuestos de excepción, como cuando el autor del delito muera antes de que se dicte la sentencia.

Por otro lado, es oportuno diferenciar todos los supuestos de nulidad de pleno derecho que recoge el artículo 62, de los que serían la comisión de delitos, por haberse dictado una resolución injusta. La declaración de nulidad de un acto según el artículo 62 no implica, con carácter general, que se produjera un hecho delictivo. Así, la jurisprudencia entiende que la prevaricación va más allá de la mera aparición de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

5) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido.

En este supuesto se han de comprender no sólo los casos en que efectivamente se ha prescindido absolutamente de todo procedimiento, sino también aquellos supuestos en que la Administración ha observado un procedimiento, pero no el concreto procedimiento establecido por la Ley para ese supuesto, o cuando se emplea el procedimiento legalmente establecido, pero se omiten trámites sustanciales del mismo.

La STS, Sala del Contencioso-Administrativo, del 17 de octubre de 2000, en su fundamento de derecho segundo recoge los requisitos para declarar la nulidad por estos supuestos “En primero lugar, respeto de la invocación de las normas del procedimiento legalmente establecido, con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, la jurisprudencia establece que, para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia del 15 de octubre de 1997 de esta sala y jurisprudencia precedente (desde la sentencia del 21 de marzo de 1988), de que la citada infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto”

6) Los dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Como reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, la jurisprudencia ha venido considerando las reglas que se contiene en los cuatro primeros párrafos del artículo 26 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, esto es, composición del órgano, convocatoria y determinación del orden del día, quórum de asistencia y votación.

7) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Se requiere que el requisito del que se carezca sea esencial, es decir, que falten los más elementales supuestos para la adquisición del derecho.

También es necesario que del acto presunto nazcan facultades o derechos, no siendo aplicable este precepto a aquellos actos que únicamente remuevan algún obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente.

Así, este apartado recoge aquellos supuestos en que, el administrado, por consecuencia de actos expresos o por el juego del silencio, adquiere derechos. Normalmente aparece cuando entra en juego a figura del silencio administrativo positivo.

En la jurisprudencia ha habido un debate sobre lo se debe entender por “requisitos esenciales para su adquisición”, mencionado en este apartado.. Por ejemplo, Sentencia TSJ del País Vasco del 6 de mayo de 2003, explica: “De esta argumentación se deduce tácitamente que la Administración impugnante trata de reconducir el caso que es objeto de examen al supuesto de acto nulo regulado en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, a tenor del cuál son nulos los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. El término clave para comprender el alcance de este supuesto es «esenciales», ya que pone de relieve que el legislador no predica la nulidad de cualquier acto administrativo que resulte contrario al ordenamiento jurídico, sino sólo de aquellos en los que de modo manifiesto y flagrante el administrado carece de todo presupuesto para el reconocimiento de un derecho. Esta interpretación del citado artículo 62.1.f) es acorde con el resto de supuestos de nulidad que menciona el mismo artículo 62, pues en ellos se evidencia que sólo los actos que incurren en los más graves vicios procedimentales o de fondo (en concreto, los que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o territorio; los que tengan un contenido imposible; los que sean constitutivos de infracción penitenciaria o se dicten como consecuencia de esta; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos



colegiados) se consideran nulos. En los demás casos, la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a ley es la de actos anulables, tal como señala el artículo 63.1 de la misma Ley 30/1992”

Dado que a día de hoy la jurisprudencia es resistente a reconocer la posibilidad de enervar la aparición silencio positivo en base a la alegación de que daría un resultado contra legem, la Administración para expulsar el efecto producido por el silencio positivo suele acudir a este apartado para fundamentar el expediente de revisión de oficio contra el mismo.

8) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Llamamos la atención sobre el hecho de que esa referencia deba estar contenida en una norma con rango de ley, no reglamentaria o inferior. Podemos mencionar, a modo de ejemplo, el artículo 46 en la Ley 47/2003, general presupuestaria, en cuya virtud, no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en el estado de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan la expresada norma.

9) Disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La posibilidad de impugnar una disposición de carácter general por este motivo está abierta a todo legitimado, y se puede efectuar de forma directo o de forma indirecta a través de un acto de aplicación de la disposición general. También cabe la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, si bien en este caso no cabe ser instada a instancia de parte.

Los efectos de una declaración judicial de una disposición de carácter general están recogidos en los artículos 72 y 73 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que disponen que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Además, que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

Se añade, artículo 73, la mención de que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el



caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

### Supuestos de anulabilidad.

La Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece la anulabilidad como la regla general, estableciendo, en su artículo 63.1 al decir que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Concretamente, la literalidad del artículo 63 es:

- 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
- 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo*

Se recoge en este artículo los supuestos de anulabilidad de los actos administrativos, con una declaración de carácter general, de que, en principio, la contravención del ordenamiento jurídico causa una invalidez calificable como de anulabilidad. Luego recoge dos menciones específicas, una referida a que los defectos de forma sólo dan lugar a la invalidez por anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, y otra, donde se establece que tal efecto sólo aparece en las actuaciones extemporáneas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, esto es, cuando el incumplimiento de esa temporalidad lleve aparejada esta invalidez. Si no se dan esas condiciones mencionadas, la extemporaneidad y el defecto de forma se incluirían en casos de irregularidades ni invalidantes.

Según el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 julio 1992:

«La teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de éstas para que se subsanen las irregularidades detectadas ... En el caso de autos, tratándose, como la Sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido

totalmente del procedimiento establecido al efecto, sino tan sólo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del artículo 48.2 , y ello sólo en el supuesto de que de la omisión se siguiera indefensión para el administrado, condición ésta que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo; pero siempre, en función de un elemental principio de economía procesal implícitamente, al menos, potenciado por el artículo 24 CE ( RCL 1978, 2836) , prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas, adverando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora de éste había incurrido».

De la jurisprudencia se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- la desviación de poder, supone un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público. Actualmente existe una definición normativa de la desviación de poder en el artículo 71 de la Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa, cuando expresa: *Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.*

Tal como expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 16 de junio de 2003, conforme una jurisprudencia muy constante, recogida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en su sentencia de 11 de julio de 2002, que cita de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 y 23 de octubre de 1996, se ha exigido para apreciar la desviación de poder "un ánimo predeterminado" de utilizar la potestad para fines distintos de los que la norma le asigna, fines que pueden ser públicos o privados, pero, en todo caso, " diferentes de los considerados expresa o tácitamente por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produzca una divergencia entre éstos y los realmente perseguidos". La esencia de la desviación de poder está precisamente ahí, en que la potestad se ejerce con la intención de servir a un fin distinto al que la legitima y que es la causa o razón del acto.

Respecto a la prueba, que compete a quien invoca esa desviación de poder, según reiterada jurisprudencia, que refleja la evolución en la materia, una vez superada la etapa en que se imponía una demostración concluyente y rigurosa, a partir del año 1982 se ha ido sentando al respecto, 1) que la prueba de la desviación de poder no puede ser plena, es decir, que la divergencia de los fines nunca será evidenciada por el acto, 2) basta la existencia de una prueba suficiente; puesto que si, como hechos dicho, la desviación nunca será evidenciada por el acto, de tal forma que no derivará de la constatación, sino de la convicción, bastará

con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido con los actos impugnados, la razonable convicción del Tribunal de que se ha producido la desviación de poder, y 3 ) el Tribunal Supremo concibe este nuevo criterio sobre la prueba como algo derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente reconocido.

En la sentencia del Alto Tribunal de 22 de diciembre de 2002 , se apunta además que "siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código Civil ( LEG 1889, 27) , con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1.253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación , como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987 ".

- Respecto a los defectos formales, hay que recordar la postura jurisprudencial de que los defectos de forma sólo pueden suponer la anulabilidad de un acto administrativo si con ellos se causara indefensión real e efectiva que el recurrente debería de demostrar.

Así se manifiesta la jurisprudencia:

“ los trámites han de ser entendidos como garantía para los administrados y en esta vía jurisdiccional para propiciar el acierto en las decisiones pero nunca deben ser instrumentalizados como hitos formales para obstaculizar el procedimiento y su resolución; siendo doctrina jurisprudencial la que basándose en el principio de economía procesal advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que se dicte una vez subsanado el posible defecto formal haya de ser idéntico en sentido material al anterior...pues en la esfera administrativa ha de ser tratada la nulidad de actuaciones con mucha ponderación y medida, y especialmente cuando no existe indefensión para los interesados, indefensión que, en todo caso habría de ser real y efectiva y no meramente aparental” (STS 14 junio 1993), o en términos de STS 1 Feb 1992, “ en materia de nulidades en Derecho administrativo, la eficacia anulatoria de los vicios de forma debe verse restringida y subordinada siempre a la posibilidad de enjuiciamiento de fondo del asunto que es sustancial e institucionalmente, la función propia del proceso y la misma primaria de la jurisdicción” como tiene declarado esta Sala... no todos los vicios o infracciones cometidos en la tramitación de un procedimiento administrativo tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, dado que sólo los defectos muy graves que impidan al acto final alcanzar su fin o que produzcan indefensión de los interesados podrán determinar la anulabilidad; constituyendo ésta una doctrina jurisprudencial que ha ido reduciendo

progresivamente los vicios de forma determinante de invalidez para limitarlos a aquellos que suponen una disminución efectiva, real y trascendente de garantías” ( STS 15 abril 1996).

La Sentencia de 6 de junio de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia alude a esto explicando:

“ SEGUNDO.- Aduce el recurrente la existencia en el procedimiento disciplinario de lo que denomina irregularidades desde el punto de vista formal, manifestando que deben conducir a la anulación del mismo por quebrar derechos y garantías que vulneran el derecho de defensa ( artículo 24 de la Constitución).

Con relación a los defectos de forma conviene señalar que la doctrina del Tribunal Supremo se pronuncia con carácter general en el sentido de que “no todo defecto de forma, aunque existiese, lleva necesariamente a la nulidad de las actuaciones y a la reposición del expediente al momento en que se cometieron: para que esto se produzca es preciso que esa defectuosa actuación haya sido causa de indefensión del sancionado ( STS 11-7-1998). Y es que, como también declara la sentencia del mismo Alto Tribunal de 27-12-1990 “ el Derecho Administrativo, en principio, se ha decidido por un antiformalismo ponderado que, sin merma ni quiebra de la legalidad, permita el desarrollo de la actuación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia, hasta el punto de que al vicio de forma o procedimiento, no se reconoce tan siquiera virtud invalidante de segundo grado, anulabilidad, más que en aquellos casos excepcionales para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo, cuando éste tenga un valor esencial, o se produzca una situación de indefensión, supuestos todos que acreditan que dicho vicio, carente de fuerza en sí mismo y de naturaleza estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha provocado una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia indefensión”.

- En la misma línea, la jurisprudencia considera que «en virtud del principio de economía procesal, debe evitarse la declaración de nulidad cuando con ello no se consiguiera un efecto práctico por ser racionalmente de prever que retraídas las actuaciones al momento en que se cometió la infracción formal, el proceso iba a concluir con una resolución idéntica a la dictada» (STS de 12 de noviembre de 1990,).

- Se han considerado defectos formales con trascendencia anulatoria, siempre que lleven aparejada esa indefensión efectiva la falta de motivación del acto y la falta de audiencia del interesado. Respecto a la falta de motivación, recordar que el art 54.1 ley 30/92 sólo exige una motivación sucintas. Como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28-1-2000, sólo cabe la anulación por la absoluta falta

de motivación: “ toda vez que la falta de motivación suficiente que constituye vulneración del art 24.1 de la CE por infracción del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, es preciso que sea total, de forma que el interesado desconozca la causa o motivo de la misma, lo que no procede entenderse en modo alguno producido en el caso de autos, en que la motivación es clara y suficiente”. En cuanto a la falta de audiencia, se ha excluido la indefensión en los casos en que el interesado ha tenido la posibilidad de interponer los recursos pertinentes con lo que la falta de audiencia alegada se estima corregida .

- También se ha otorgado trascendencia anulatoria en relación con la finalidad del acto, a la omisión de informes preceptivos.

- En relación a la infracción con trascendencia anulatoria de términos o plazos, se ha vinculado a los plazos de ejercicio de potestades administrativas en lo casos en que el término o plazo actúa como límite al ejercicio de la potestad ( como plazos de prescripción de infracciones y sanciones administrativas o de caducidad, etc...)

Los actos anulables, a diferencia de los actos nulos pueden ser sanados:

a) Por la prescripción sanatoria, es decir por el transcurso del tiempo sin impugnar el acto administrativo. viciado. Hay que distinguir:1, En el caso del particular, será el transcurso del plazo establecido para interponer el recurso administrativo. ordinario y en el caso de la Admón., el transcurso del plazo para declarar de oficio la nulidad, que en virtud del artículo 103 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, es de cuatro años.

b) Por convalidación, en sentido propio, es decir, subsanando los defectos de que adolezca el acto, a lo que luego nos referiremos..

## **ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES**

En realidad, la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no menciona como tal a la irregularidad no invalidante pero se puede llegar a determinar su marco, definiendo su espacio como aquel donde no entra en juego la anulabilidad, ni por supuesto, la nulidad de pleno derecho.

Como dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 18 mayo de 2010:

“En la doctrina legal y científica referida a estas causas de nulidad -plenamente vigente por la razón señalada- se sienta, refiriéndose al supuesto de la precisión total del procedimiento legalmente establecido, que es indeclinable que dicha precisión sea total, esto es, que no se trate

de un simple vicio procedimental, cuyo ámbito propio de invalidez es el de la irregularidad no invalidante o de la anulabilidad (el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 ) -anterior artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo - dispone: «el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»). La intención del legislador ha sido evidente para la mencionada doctrina y, así, es notorio que la relevancia de los vicios de procedimiento se considera en Derecho Administrativo (adelantándose en este punto, como en muchos otros, a lo que posteriormente sería la interpretación constitucional de los requisitos procesales civiles) como una irregularidad no invalidante como criterio de partida, aumentando su eficacia invalidatoria según se constituye en requisito no meramente procedimental, sino constitutivo de un mecanismo de garantía para el administrado; esto es, la consideración del procedimiento como garantía del administrado es la clave determinante de la invalidez que dimana de las infracciones del mismo.

En este punto, situada la tesis general, hay que precisar -no obstante- que la configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común -o unas reglas comunes de procedimiento- añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados- y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la inidentificación del procedimiento específico establecido para ese acto con El artículo 63 de la Ley 30/1992, dice que «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. La realización de actuaciones administrativas fuera del plazo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o



plazo». Según doctrina jurisprudencial reiterada, la invalidez del acto administrativo depende de la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar «sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo impugnado en caso de observarse el trámite omitido» (Sentencia de 6 noviembre 1963 ).”

En efecto, dentro de las irregularidades no invalidantes, y en base a lo recogido en el artículo 63 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, hay que entender comprendidos los defectos de forma, excepto en aquéllos casos en los que, según el artículo 63 determinan la anulabilidad del acto, que son cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y cuando dé lugar a la indefensión de los interesados. También son irregularidades no invalidantes la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido, salvo en aquellos casos donde la anulabilidad la imponga la naturaleza del término o plazo.

Ahora bien, el hecho de que este tipo de irregularidades pueden no tener efecto invalidante, no es impedimento para que pueda dar lugar a responsabilidad del personal al servicio de la Administración. En este sentido, el artículo 41 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las administraciones públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de asuntos, serán responsables directos de su tramitación. Por último, un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos donde quepa trazar una relación directa de causalidad con perjuicios a ciudadanos, haría aflorar la posibilidad de exigir la responsabilidad de la Administración

## **LA CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

El artículo 64 dispone lo siguiente:

- 1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.*
- 2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.*

El establecimiento de este principio tiene relación con la aplicación de la presunción de validez de todos los actos administrativos, así como con el principio favor acti, es decir, de la conservación de los actos

administrativos. Está fundamentado en los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la actuación de las administraciones públicas.

El segundo supuesto que se regula en este artículo es lo de la invalidez parcial del acto administrativo, que no llevará consigo la nulidad de todo el acto administrativo se existen partes de este, independientes, que se dictaran sin la existencia de la parte anulada.

Para proceder a la aplicación de este artículo, hace falta que el acto administrativo tenga partes perfectamente diferenciadas, es decir, con sustantividad propia, y que además se proceda a un análisis de las partes no anuladas para determinar que estas se habrían dictado aunque no existiera el acto anulado.

La conversión de los actos administrativos inválidos coincide con la convalidación en constituir ambas técnicas manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico. Pero discrepa de ésta en que mientras la convalidación se aplica sólo a los actos anulables, la conversión entra en juego también respecto de los actos nulos de pleno derecho.

*Artículo 65. Conversión de actos viciados Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.*

Esta norma es, como la recogida en el artículo anterior, una manifestación del principio favor acti, es decir, una actuación del principio de conservación de los actos administrativos. El acto nulo o anulable dejará de producir sus efectos y, en el supuesto de cumplir los requisitos de la conversión, ocasionará los efectos del acto en que se convirtiera. Se intenta con esta figura, además del señalado anteriormente, aminorar las consecuencias perjudiciales que la nulidad de un acto puede tener respecto a terceros que no fueron causantes de los motivos de nulidad.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 66 el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

La regulación de este artículo está fundamentada también en el principio favor acti, así como en los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la actuación administrativa. Es un artículo que complementa el dispuesto en el artículo 64, ya que aquí el órgano que declara la nulidad de actuaciones deberá determinar expresamente la conservación de los actos y trámites no afectados por la nulidad de acto viciado. Cabe la posibilidad de que esta declaración sea realizada de oficio por la Administración, o sea, solicitada por el interesado en el procedimiento administrativo.



Como antes expresamos, los actos anulables, a diferencia de los actos nulos pueden ser sanados por convalidación, en sentido propio, es decir, subsanando los defectos de que adolezca el acto. Según el artículo 67 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común:

1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.

3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

La validación implica la existencia de un acto administrativo válido, ya que en el momento en que se produce esta no se declaró la nulidad del acto que va a ser validado. Sólo procede en los supuestos de anulabilidad, ya que los actos nulos de pleno derecho no son en ningún caso convalidables.

La doctrina discute a ser posible que se efectúe la validación por un acto, además del expreso, tácito o presunto. ES prácticamente unánime la postura de entender que no cabe la convalidación por medio de un acto presunto, es decir, no se puede entender producida por medio de silencio administrativo.

Según el Tribunal Superior e Justicia de Galicia, por ejemplo, en su Sentencia de 29 de junio de 2005:

“Tras la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sólo la incompetencia manifiesta objetiva por razón de la materia y la territorial pueden dar lugar a la nulidad de pleno derecho (artículo 62.1. b), no la jerárquica o de grado, ya que en este último caso se trata de mera anulabilidad (artículo 63), en congruencia con lo cual el artículo 67.3 de la Ley 30/1992 permite la convalidación. Por tanto, cuando el vicio apreciado afecta a la incompetencia jerárquica, cabe acudir al artículo 67.3 de la Ley 30/1992, según el cual, si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

De este último precepto se desprende que para que la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica pueda operar es imprescindible que sea llevada a cabo por el superior jerárquico del que dictó el acto viciado, de modo que, siendo la facultad de convalidación específica de dicho superior jerárquico, no puede delegarla a favor del mismo órgano que dictó el acto viciado para que sea éste quien convalide su propio acto. Si de lo que se trata es de que el acto viciado sea examinado por el superior jerárquico a fin de comprobar si lo realizado es conforme al ordenamiento jurídico, se contrariaría la finalidad de lo que se persigue con la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica si se permitiera que la llevase a cabo el mismo órgano que dictó el acto mediante el expediente de que el superior delegase en él expresamente la competencia para realizarla.”

## **LOS ERRORES MATERIALES Y DE HECHO.**

En el mismo capítulo dedicado a la revisión de oficio de los actos administrativos la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común incluye en el precepto referido a la rectificación. Se trata del artículo 105.2, según el cual:

*Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.*

La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equivoco.

Este carácter estrictamente material y en absoluto jurídico de la rectificación justifica que para llevarla a cabo no requiera sujetarse a solemnidad ni límite temporal alguno. La rectificación de errores materiales puede hacerse en cualquier momento, tanto de oficio, como a instancia del administrado, como ha venido a aclarar una importante Sentencia de 17 de julio de 1987. En este último caso, «la doctrina del acto consentido no tiene virtualidad para impedir el juego del artículo 111 (hoy 105.2), dado que éste, en su expresa dicción y con el fundamento antes señalado, nace precisamente con la finalidad de romper, respecto de la Administración, la vinculación a los actos declarativos de derechos y, respecto del administrado, la doctrina del acto consentido o confirmatorio».

El problema radica, pues, en determinar las fronteras entre el error de hecho y el error de derecho, punto éste en el que la doctrina, tanto del Tribunal Supremo como del Consejo de Estado, se muestra especialmente rigurosa para evitar el posible fraude de ley. Combinando la jurisprudencia

del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La facultad de rectificación debe hacerse con hondo carácter restrictivo.
- El error debe ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente, exteriorizándose prima facie (STS del 30 de mayo de 1985).
- Excluye de su ámbito todo el referido la cuestiones de derecho y que impliquen la realización de un juicio valorativo, como el alcance de los hechos, error en las interpretaciones de disposiciones legales, valoración de la prueba, etc.
- Que la corrección no produzca una alteración fundamental o sustancial en el contenido o sentido del acto (Dictamen 1284/1992 del Consejo de Estado y STS del 8 y 19 de abril de 1967).

Como expresa la sentencia de 18 de junio de 2001 del Tribunal Supremo:

"(...) el error material o de hecho se caracteriza por ser "ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación" (...), de manera que la aplicación del mecanismo previsto en el citado artículo 105.2 de la Ley 30/1992 requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:

a) que se trate de "simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos";

b) que el error "se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte";

c) que "el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables";

d) que "no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos";

e) que "no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica) ";

f) que "no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica

revisión", que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992 ;

g) finalmente, se viene exigiendo "que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)".

Por su parte, la sentencia del TS, Sala 8 de Julio de 1982 dice que «Es cierto que el artículo 111 de la Ley Procedimiento Administrativo -actual artículo 105 de la Ley 30/1992 - atribuye a la Administración potestad para rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos, pero evidentemente el ejercicio de esa potestad no entraña una revocación del acto administrativo en términos jurídicos. El acto administrativo rectificado ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio del acto rectificado, sin que pueda la Administración "sub specie" de potestad rectificadora encubrir una auténtica potestad revocatoria, lo cual entrañaría un verdadero 'fraus legis', constitutivo de una desviación de poder. Por eso, el Tribunal Supremo ha cuidado de advertir la necesidad de diferenciar entre el error de Derecho y el mero error de hecho o material, negando la existencia de este siempre que su apreciación implique un juicio valorativo, exija una operación de calificación jurídica, o cuando la rectificación materializada implique realmente una alteración fundamental del sentido del acto».

La jurisprudencia posterior ha reiterado estos elementales principios, y así lo expresa la sentencia del TS, Secc. 3ª , de 6 de octubre de 1986 (entre otras muchas posteriores como la de 17 de febrero de 1987 , y de conformidad con la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 16 de marzo de 1966, 12 de marzo de 1968, o 16 de mayo de 1973) en la que se pone de manifiesto que «La Administración no puede alterar la situación jurídica creada por un acto anterior, firme y declarativo de derechos, al venir obligada a aceptar la situación jurídica consolidada y mientras no sea revocado a través de los procedimientos legales de revisión de oficio».

A pesar de que la jurisprudencia se haya manifestado a favor de una interpretación restrictiva, no obstante se admite tal corrección en los casos en que se reúnan una serie de requisitos: que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; que el error sea patente y claro sin necesidad de acudir a documentos; que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto; que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no se genere la anulación o revocación del mismo produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo

rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo sustantivo y resolutorio que el acto rectificado ( STS 1-2-1991 ).

Santiago Valencia Vila

## BIBLIOGRAFÍA

Varios, Letrados da Xunta de Galicia, *Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, Asociación Profesional de letrados da Xunta de Galicia, 1ª edición, Santiago de Compostela, 2005.

Parada. R, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Segunda edición, Madrid, 1999.

González Pérez J, González Navarro F, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo Común*, Civitas, Segunda edición, Madrid, 1999.

Varios, *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993.

# **IV. DERECHO ADMINISTRATIVO PARTE GENERAL**

## **2. EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN. REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.**

## **TEMA 2.**

### **EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN. REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.**

#### **I.- EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES**

##### **I.1.- INTRODUCCIÓN**

De conformidad con el principio de legalidad, esencial en cualquier estado de derecho, la actividad de la administración debe basarse en la atribución previa de una potestad.

En este sentido, los reglamentos son la manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria, entendida cómo facultad atribuida por el ordenamiento jurídico al poder ejecutivo de dictar normas jurídicas subordinadas a las leyes.

Su fundamento es producto de la interpretación de la división de poderes llevada a cabo por los revolucionarios franceses, siendo esta interpretación de la división de poderes la que prevalece en nuestro texto constitucional que atribuye la potestad reglamentaria al gobierno en su artículo 97.

La definición común más usada para esta figura es la de una disposición jurídica de carácter general dictada por la administración y que se encuentra subordinada a la ley. Así pueden extraerse de la definición expuesta las características definidoras de la figura del reglamento: disposición de carácter general (verdadera norma, y en cuanto a tal, regulación abstracta y general de situaciones de futuro), que debe de ser



publicada y conserva vigencia indefinida. En cuanto norma viene a innovar, modificar o derogar en el escalón jerárquico que corresponda.

### **Reglamento y acto administrativo**

El reglamento presenta notables diferencias con el acto administrativo en tanto que este último es una mera aplicación del ordenamiento a un supuesto determinado, mientras que el reglamento forma parte de ese mismo ordenamiento al que innova.

El acto se agota con su cumplimiento mientras que el reglamento se refuerza con su aplicación continuada.

La potestad reglamentaria corresponde a unos órganos concretamente determinados, mientras que el hecho de dictar actos administrativos es el modo normal de expresión de cualquier órgano administrativo.

El reglamento es revocable *ad mutum* mediante su derogación, modificación o relevo, mientras que el acto administrativo está afectado por los límites de la revocación que impone la ley en garantía de los derechos que se pudieron generar para el particular.

La regla general en el caso de los reglamentos ilegales es la nulidad de pleno derecho que es la sanción más grave correspondiente a la invalidez de las actuaciones administrativas. En el caso de los actos administrativos, la regla general es la anulabilidad siendo la nulidad de pleno derecho un supuesto restringido para casos tasados.

La eficacia de los reglamentos está supeditada a su publicación en el Boletín Oficial que corresponda, y su entrada en vigor es el común de las

leyes (art. 2.1 del Código Civil), mientras que la eficacia de los actos depende de su notificación o publicación.

Con todo el anterior existe un tipo de actos cuya diferencia de los reglamentos es de difícil apreciación, nos referimos a los actos generales no normativos, que tienen como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos y pueden llegar a publicarse.

En lo que respecta a las circulares internas, órdenes de servicios e instrucciones deberá determinarse que estas no pueden considerarse reglamentos, sino que se configuran como reglas de servicio de contenido general que los titulares de los órganos administrativos dirigen a sus inferiores jerárquicos para ordenar su actuación, encuentran fundamento en la potestad de autoorganización y la estructura jerárquica de la administración. La determinación de lo que es una instrucción, orden de servicio o circular, no atiende a su denominación, sino al contenido real del instrumento jurídico. Respecto de sus efectos, son por lo general *ad intra* o internos. Tienen plena eficacia jurídica en el ámbito interno por ser vinculantes para los órganos inferiores, pero carecen de eficacia jurídica constitutiva y habilitante en el ámbito externo.

## **Reglamento y ley**

El Reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, que necesita de una justificación para cada caso, está condicionada, tiene posibilidades limitadas y tasadas, siendo libremente justiciable por el juez.

Su sumisión a la ley es absoluta y no se produce más que en los ámbitos en que aquella lo permite, sin que pueda dejarla sin efectos o contradecirla, ni suplirla cuando es necesaria.

Así lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución cuando garantiza el principio de jerarquía normativa, según el cual el reglamento complementaría a la ley, pero no podría derogarla, contradecirla, suprimirla, limitarla, suspenderla o excluirla.

En este sentido deberá establecerse que la esencia propia de la ley está en ser expresión de la voluntad popular, característica que no concurre en el reglamento en tanto que su autora, la Administración, no representa aquella mística de ser expresión de la voluntad popular.

Cualquier materia es susceptible de ser regulada por Ley, no existiendo, al contrario, materias reservadas a la regulación reglamentaria. Esta posición ordinamental de la Ley y el reglamento se expresa en el principio llamado reserva de ley, que en la actualidad tiene dos manifestaciones:

- Reserva material de ley, que comprende el conjunto de supuestos o materias respecto de los cuales la propia Constitución Española exige regulación a través de norma con rango legal. Esto supone obviamente que, aun a falta de ley, en ningún caso estas materias pueden ser reguladas por normas reglamentarias, no pudiendo degradarse mediante la denominada deslegalización, ya que tal intento sería inconstitucional. Si a pesar de lo anterior, dichas materias resultantes ordenadas por normas reglamentarias, serían nulas por contradecir los preceptos expresos en que la Constitución establece la reserva.

- Reserva formal de ley, que opera al margen de las concretas previsiones constitucionales y significa que cualquier materia, por mínima o intrascendente que sea, cuando es objeto de regulación por ley, ya no puede ser normada por reglamento. Asistimos así a una elevación automática del rango de dicha materia que la convierte en inaccesible a la potestad reglamentaria salvo, claro está, que la propia ley remita a un desarrollo posterior de alguna de sus partes por medio del reglamento.

## **Reglamento y legislación delegada**

El reglamento es una norma que dicta la Administración Pública en el ejercicio de competencia propia reconocida por el artículo 97 de la Constitución Española. Esta característica diferencia a los reglamentos de la legislación delegada en la que se ejercitan competencias legislativas previa habilitación expresa del poder legislativo, caso como por ejemplo de los Decretos Legislativos.

### **I.2.- CLASES DE REGLAMENTOS**

Existen múltiples clasificaciones de reglamentos para las que se utilizaron diversas de las características que presentan, para lo cual se mencionarán sólo algunas de aquellas que disfrutan de mayor predicamento.

#### **I.2,).- Por su relación con la ley**

● Reglamentos independientes de la ley (extra legem): son reglamentos que no completan ni desarrollan ninguna ley previa, sino que surgen al margen de toda ley de habilitación y que se sostienen por si mismos como legislación.

Sólo cabe este tipo de legislación en el ámbito de las materias organizativas y en relaciones de supremacía especial que no afecten a derechos básicos de los interesados. Por tanto no pueden existir reglamentos *ad extra* independientes de la ley, porque la creación del derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la ley en nuestro sistema jurídico.

- Reglamentos ejecutivos (secundum legem): son aquellos que se dictan en virtud de remisiones normativas de la ley en su favor para su complemento y desarrollo, precisando todo el casuismo necesario.

Permiten a la ley establecer una normativa más inmune al paso del tiempo y la determinación de tecnicismos de mayor calado.

Estos reglamentos serán informados preceptivamente por el Consejo de Estado, la necesidad de informe se orienta justo a controlar la fidelidad de la norma reglamentaria con la ley que desarrolla.

- Reglamentos de necesidad (contra legem): se dictan para afrontar situaciones extraordinarias, más concretamente de excepcional gravedad.

Su existencia en nuestro ordenamiento fue cuestionada por inconstitucional, aunque puede encontrarse fundamento para su existencia en lo preceptuado en el artículo 116 de la CE (estados de alarma, excepción y sitio). A este respecto deberá tenerse en cuenta que este tipo de reglamentos pierden su sentido con la desaparición de las circunstancias a las que dan respuesta, por lo que no debería ser ni siquiera necesario proceder a su derogación formal y expresa.

### **1.2,b).- Por la materia que regulan**

- Reglamentos administrativos: también denominados de organización, hacen referencia a los administrados que están incursos en relaciones de supremacía especial (funcionarios, sanidad pública, policía...). En estos supuestos de supremacía especial, los administrados tienen una mayor intensidad de sujeción y, por tanto, los reglamentos administrativos concederán a la administración amplios poderes que habrán de ser acatados por los particulares.

- Reglamentos jurídicos: Se refieren a las relaciones de supremacía general que unen al estado con cualquier ciudadano, la administración opera sobre los derechos y libertades de los particulares.

La importancia de la distinción que se expresa en este punto estriba en que los reglamentos jurídicos sólo pueden producirse en desarrollo de una ley previa habilitante, mientras que los administrativos, en tanto que se refieren al ámbito interno de la administración, sólo tienen que respetar el principio de reserva formal de ley, no contraviniendo la regulación que esta estableciera si existiese.

### **I.2,c).- Por su origen**

Es decir, teniendo en cuenta la administración que los dicta.

- Estatales: Reales Decretos y Órdenes Ministeriales.

- Autonómicos: Decretos y Órdenes.

- Locales: Reglamentos orgánicos y Ordenanzas.

En lo que respecta a los bandos, se duda de su carácter de normas jurídicas, en tanto que no tienen como función disciplinar la realidad social, sino que son recordatorios de la existencia de una regulación o normativa preexistente, no innovan en nada el ordenamiento jurídico.

- Reglamentos de los entes institucionales y de los entes corporativos: subordinados a los entes territoriales de los que son instrumento.

## **II.- FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

## **II.1.-FUNDAMENTOS DE LA POSTESTAD REGLAMENTARIA**

Entendida la potestad reglamentaria como poder en cuya virtud la administración puede dictar normas de carácter general, nos encontramos cuantitativa y cualitativamente ante la potestad de mayor calado de la administración y, por lo tanto, la más problemática a la hora de su justificación.

### **II.1,a).- Fundamentación material**

Desde una perspectiva material la potestad reglamentaria se puede fundamentar en las siguientes consideraciones:

- El procedimiento legislativo dificulta, entorpece, o de plano imposibilita que el ejecutivo pueda dar respuesta a todas las circunstancias económicas y sociales, o de cualquier otra índole, con las que se encuentra en aplicación de la ley.
- El carácter fundamentalmente técnico y la complejidad de ciertas materias sobre las que versan los reglamentos, implica que las cámaras legislativas no sean los órganos más idóneos para su confección, en tanto que su composición es de naturaleza eminentemente política, no técnica.
- La propia naturaleza de las materias reguladas requiere procedimientos rápidos y flexibles de modificación, derogación o sustitución, poco acordes con los procedimientos establecidos para la elaboración de las leyes, a lo que hay que añadir que ciertas de sus partes precisan de un desarrollo posterior por medio de reglamento ya que, de realizarse la discusión en el ámbito parlamentario, sería especialmente larga y dificultosa su aprobación.
- La potestad reglamentaria dota a la administración de una esfera autónoma que le permite regular situaciones no previstas por el legislador, dentro de la legalidad vigente.

Todo lo anterior no supone quitarle poder al legislativo, sino descargarlo para que no entre a regular cuestiones de detalle, y ejerza su función de adoptar las decisiones fundamentales del proceso político y de control parlamentario del Gobierno. De ahí que pueda sostenerse que la potestad reglamentaria vendría a ser una expresión más del principio de eficacia.

### **II.1,b).- Fundamento jurídico-formal**

Se pueden distinguir dos sistemas de atribución de la potestad reglamentaria:

- Sistema anglosajón donde, partiendo del monopolio normativo del legislativo, se arbitró un poder normativo del ejecutivo sustentado en la técnica de la delegación legislativa, que suple la inexistencia de un poder reglamentario.

- Sistema continental o francés, propio de los países de “régimen administrativo”, donde el ejecutivo dispone de un poder reglamentario propio y general que no necesita habilitaciones concretas y específicas.

La potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico encuentra fundamento constitucional en la redacción dada al artículo 97 de la Constitución Española, ya mencionado.

Esta potestad reglamentaria del Gobierno no deriva por tanto del legislador, sino que tiene fundamento directo e inmediato en la Constitución, donde se atribuye como una potestad distinta y claramente diferenciada de la ejecutiva. Por tanto, aunque la potestad reglamentaria está sujeta al principio de jerarquía normativa (es de rango inferior a la ley), no se limita a una mera ejecución de las leyes. En otras palabras, se otorga un margen de actuación al Gobierno. Con todo, según la STC 329/2005, del 15 de diciembre (LA LEY 2057/2005) en el Derecho español no existe reserva de reglamento (en la sentencia el Tribunal se pronunció



sobre la adecuación a Derecho de la incorporación de una Directiva mediante Real Decreto Ley).

## **2.-LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

### **II.2,a).- Competencia**

El primer límite para la aprobación válida de un reglamento es que el órgano que lo dicta tenga competencia para eso.

El artículo 97 de la Constitución Española atribuye directamente la potestad reglamentaria al Gobierno, entendiéndose por tal el Consejo de Ministros. En este caso, se trata de una potestad reglamentaria originaria, que deriva de la misma Constitución Española, y por tanto no es necesario que exista una ley habilitante.

En sentido contrario, el Presidente del Gobierno, y los Ministros sólo poseen potestad reglamentaria derivada de una habilitación legal, a este respecto aunque la constitución no otorga esa potestad tampoco prohíbe que pueda otorgarse por ley. Así el artículo 8 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (*BOE* núm. 90, del 15 de abril), y el artículo 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, (*BOE* núm. 285, del 28 de noviembre), atribuyen al presidente del Gobierno la potestad reglamentaria en materia organizativa. Respecto de los Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno, la Ley del Gobierno (art.4) les atribuyen la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.

También se deberá señalar el menor poder reglamentario del resto de autoridades y órganos administrativos inferiores a los ministros y consejeros autonómicos. Dicho poder reviste un estricto carácter doméstico

u organizativo: un exemplo de eso son as circulares e instrucións internas de la organización administrativa.

La Constitución Española, al establecer la garantía de la autonomía a favor de municipios, provincias y Comunidades Autónomas, está admitiendo de facto como contenido de dicha autonomía una potestad normativa propia de estas entidades territoriales, potestad que incluye como mínimo la reglamentaria.

En este sentido y en lo que respecta a las Comunidades Autónomas se manifiesta el artículo 153 apartado c) de la Constitución Española, cuando establece que el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá por la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que respecta a sus normas reglamentarias.

## **II.2,b).- Materia**

Límites materiales de la potestad reglamentaria son las materias no administrativizadas entre las que tradicionalmente se incluye la materia civil, mercantil, penal y procesal aunque haya ejemplos de reglamentos de algunas de ellas (registro civil, derecho hipotecario...)

## **II.2,c).- Interdicción de la arbitrariedad y principios generales del derecho**

Otro límite al ejercicio de la potestad reglamentaria es la adecuación a los hechos o, lo que es igual, el respeto por la realidad que trata de regular, lo que se enmarca dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a que hace referencia el art. 9 de la Constitución Española.

Esa regla se quiebra también cuando la legislación viola los principios generales del derecho, que constituyen otro límite más al ejercicio de la

potestad reglamentaria, ya que a diferencia de las leyes, que encarnan de forma directa la voluntad popular, los reglamentos constituyen el ejercicio de una potestad limitada.

### **II.2,d).- Jerarquía**

El principio de jerarquía normativa es otro límite, en función del cual los reglamentos se ordenan según la posición en la organización administrativa del órgano que los dicta, sin que en ningún caso el reglamento dictado por el órgano inferior pueda contradecir al dictado por el superior.

De modo particular el artículo 23 de la Ley 50/1997, del 27 de noviembre, del Gobierno establece la jerarquía entre reglamentos de la siguiente forma:

1º. Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.

2º. Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial.

Del mismo modo, por su subordinación y en atención al principio de reserva de ley ya examinado, las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

### **II.2,e).- Procedimiento**

Un límite o condición del ejercicio de la potestad reglamentaria viene dado por la necesidad de observar el procedimiento en cada caso

establecido. En este sentido esa exigencia puede considerarse de rango constitucional (art. 105 de la Constitución Española) cuando se determina que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales viene establecido en el artículo 24 de la referenciada Ley del Gobierno que dispone los siguientes trámites aplicables:

- El inicio del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, a lo que acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquel, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dé lugar.

- A lo largo del proceso de elaboración deberán solicitarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivas, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

- Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

- Asimismo y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado. Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite

cuando graves razones de interés público, que asimismo deben explicitarse, lo exijan. No será necesario el trámite previsto en el párrafo anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas participaran por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración.

El trámite de audiencia indicado no se aplica a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la Ley del Gobierno, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

- Junto a la memoria que inicia el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los informes y consultas. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos. (El informe de la Secretaría General Técnica suele considerarse como un requisito indispensable para la validez del reglamento, estando dicha disposición viciada de nulidad si no se realizara, siempre según la doctrina).

- Será preciso el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

- Se requiere su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado, entrando en vigor según la normativa establecida en el art. 2.1 Código Civil es decir, cuando se establezca en la propia norma o a los veinte días de su completa publicación en el boletín.

Como particularidades y en lo que se refiere al caso concreto de la Comunidad Autónoma de Galicia habrá de estarse a lo establecido en la Ley 16/2010, del 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (*DOG*. núm. 251, del 31 de diciembre) que regula en su Título II el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración y del Gobierno de Galicia, estableciendo un procedimiento de elaboración de disposiciones

administrativas de carácter general dividido en tres fases: inicial, intermedia y final.

Con respecto de la fase inicial, esta será desarrollada dentro de la consellería que tuviera la iniciativa normativa, requiriéndose para el inicio del procedimiento el acuerdo previo de la persona titular de la misma a quien le competará la aprobación inicial como proyecto. Las consellerías publicarán en su página web la relación de los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general que estén en tramitación, tras la aprobación del anteproyecto.

Dentro de la fase intermedia deberá siempre emitirse un informe económico-financiero por la consellería competente en materia de hacienda, debiendo aportarse cualquiera otros que sean exigidos por la legislación vigente, o considerados oportunos por la consellería que impulse el proyecto, incluyendo, si tuviera repercusiones en cuestiones de género, un informe sobre este particular.

Se regula la participación ciudadana en los términos establecidos para los reglamentos estatales, determinándose que no será necesaria para el caso de anteproyectos puramente organizativos. En el caso de afectar a la estructura orgánica, métodos de trabajo o cuestiones similares se requerirá informe favorable de la consellería o consellerías con competencias en materia de administraciones y empleo públicos. En este último caso (empleo público) las materias recogidas en el artículo 37.1 del EBEP deberán ser negociadas en la comisión de personal.

Con respecto de la fase final el proyecto será sometido al informe de la Asesoría Jurídica General, emitiéndose a continuación informe por la secretaría general técnica de la consellería impulsora, y dictamen del Consello Consultivo de Galicia, cuando fuera preceptivo según su normativa reguladora.

El titular de la consellería impulsora concluirá con una resolución mediante la cual decida desistir de la iniciativa, retrotraer el procedimiento o la aprobación definitiva del proyecto.

En el caso de los proyectos de órdenes, su probación comporta la aprobación misma de la norma concluyendo el procedimiento.

En el caso de los proyectos de decretos, una vez aprobados definitivamente, se enviarán los proyectos a todas las consellerías previamente a la reunión de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, que elevará el proyecto al consejo de la Xunta de Galicia, órgano competente para la aprobación del decreto. Será el Presidente de la Xunta el que dispondrá la publicación oficial.

Los reglamentos autonómicos deberán publicarse en el *Diario Oficial de Galicia*, y entrarán en vigor a los veinte días de su publicación, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

En lo que respecta a las entidades locales a Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, del 3 de abril), establece que en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, les corresponden en todo caso a los ayuntamientos, provincias e islas, entre otras, las potestades reglamentaria y de autoorganización.

Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos (y a la Asamblea Vecinal en el régimen de Ayuntamiento Abierto) la aprobación de la legislación orgánica y de las ordenanzas.

En el caso de las Diputaciones Provinciales corresponde, en todo caso, a su Pleno la aprobación de las ordenanzas.

Los acuerdos de las corporaciones locales se adoptan, como regla general, por mayoría simple de los miembros presentes. Existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos. No obstante lo anterior, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos de aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la corporación.

La aprobación de las ordenanzas locales deberá ajustarse al siguiente procedimiento,

- a. Aprobación inicial por el Pleno.
- b. Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- c. Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.
- d. En el caso de no existir, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

y. Las ordenanzas deberán publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia que corresponda.

## **II.2,f).- Retroactividad**

Tema discutido es si la potestad reglamentaria debe respetar la regla de la irretroactividad que la Constitución Española impone a toda clase de normas cuando son de carácter sancionador o limitativo de derechos individuales. En principio, parece lógico atenerse a ese exclusivo límite, y en consecuencia admitir que si el reglamento así lo dispone, y no concurre



el carácter sancionador o limitativo, sus normas puedan tener carácter retroactivo, de acuerdo con lo establecido para las leyes en el artículo 2.3 del Código Civil, máxime cuando se trata de normas favorables a los interesados.

En contra puede argumentarse que el artículo 83 b) de la Constitución Española veta la posibilidad de retroactividad de los Decretos Legislativos, y que la irretroactividad es también la regla general para los actos administrativos.

### **II.2,g).- Principio de inderogabilidad singular**

Lo que se denomina principio de inderogabilidad singular, que opera no como límite de la potestad reglamentaria propiamente dicho sino como límite de la actuación administrativa en relación con los reglamentos vigentes.

La denominada inderogabilidad singular pone de manifiesto la obligación de la Administración de cumplir los reglamentos por ella dictados, ya que, como disponen el artículo 23 de la referenciada Ley del Gobierno, “son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento aunque sean dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo aprobó”, y en concordancia el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general aunque aquellas tengan igual o superior rango a estas”.

Es esta una de las consecuencias más claras del principio de legalidad. Aunque la administración disfruta de un poder reglamentario, que le

habilita a promulgar y derogar normas jurídicas, queda vinculado a lo que disponen esas normas de igual forma que cualquier sujeto.

Por eso, no puede dispensar individualmente a nadie de la observancia de las reglas jurídicas aunque sea ella las que las promulgó, ni tampoco puede la propia Administración dejar de aplicarlas en un caso singular. Por otra parte, esta vinculación a la legalidad es más fuerte que los poderes derivados de la relación de jerarquía, por lo que el superior jerárquico no puede dejar de aplicar, a un caso concreto la norma promulgada por el inferior.

### **III.- REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN**

#### **1.-INTRODUCCIÓN**

Como se estableció en el punto anterior, para su validez los reglamentos deben de respetar una serie de límites de carácter formal y material que aunque se reconducen al respecto a la Constitución y a la Ley, de modo particular pueden sistematizarse en dos grandes apartados:

- Límites formales: Competencia, procedimiento y jerarquía
- Límites sustantivos: Respeto a la legalidad, principios generales del derecho, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, inderogabilidad singular, respeto a los límites impuestos por el contenido de la propia materia reglamentaria o el límite de actuación discrecional de la Administración.

Cuando cualquiera de estos límites resulta traspasado el reglamento en cuestión resultará viciado, y en este sentido amplio hay que tomar la expresión reglamentos ilegales, y no sólo en el más estricto de reglamentos contrarios a las leyes.

### **III.2.- REGLAMENTOS CONTRARIOS A LAS LEYES**

La infracción por un reglamento de cualquiera de los límites citados traerá consigo la sanción de nulidad de pleno derecho, como se desprende del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, según el cual son nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Se trata esta de una característica, ya citada, que diferencia al reglamento de los actos administrativos, donde la regla general es la anulabilidad, y eso tiene su fundamento, conforme señala la jurisprudencia y confirma el mayoritario sentir doctrinal, en que si la ilegalidad de un reglamento determinara una mera anulabilidad, quedaría al arbitrio de los particulares el mismo sistema de producción normativa.

Así los reglamentos que violan cualquiera de los límites formales y materiales señalados incurren en la sanción de nulidad de pleno derecho, que es la más grave que en este ámbito prevé el ordenamiento jurídico para la represión de este tipo de actuaciones. Esta gravedad tiene su causa directa en la trascendencia jurídica de los reglamentos, que pueden afectar a un número amplísimo e indeterminado de relaciones jurídicas.

Ahora bien, dado que el reglamento nulo puede tener cierta apariencia de legalidad, el ordenamiento jurídico se dotó de una serie de medios técnicos de reacción frente a los reglamentos ilegales. Pueden señalarse cómo tales los siguientes:

### **III.2,a).- Medios pasivos: la inaplicación**

Es el medio por excelencia arbitrado por el ordenamiento jurídico frente a los reglamentos ilegales, inaplicación que puede llevarse a cabo por los jueces y tribunales, pues cómo establece el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 157, del 2 de julio): “los jueces o tribunales no aplicarán reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

El ordenamiento deberá reaccionar con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él suponen la existencia de un reglamento ilegal. A tales efectos, la mera publicación de un reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a esta habrá que cuestionarse, por todos los destinatarios y substancialmente por los jueces, si esa aplicación no implica una contradicción con las leyes, enjuiciamiento previo, que en su caso habrá de conducir a rechazar la aplicación de la legislación con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la ley por él violada.

En este sentido conviene distinguir la inaplicación de la anulación. Anular una norma consiste en declarar imperativamente con efectos jurídicos *erga omnes* la invalidez de la misma. Los efectos de esta declaración se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica, siendo permanentes y de vigencia indefinida. La anulación proporciona seguridad jurídica y economía procesal, en tanto que se produce la expulsión de la norma del ordenamiento de una vez y para siempre.

La sola inaplicación judicial de un reglamento inválido, y como consecuencia de su mera eficacia inter partes, podría crear cierta inseguridad jurídica. El escenario que sería deseable en estos casos sería una pronta aclaración sobre la validez o invalidez del reglamento que no se aplica, y es que la seguridad jurídica siempre requiere la rápida anulación

de los reglamentos inválidos. A pesar de lo anterior no se impone necesariamente que primero tenga que ser la anulación y luego la inaplicación. El funcionamiento de la cuestión de ilegalidad constituye buena prueba de eso.

En lo que se refiere a la inaplicación del reglamento en el seno de la propia administración deberá tenerse en cuenta que la posición doctrinal mayoritaria conviene en reconocer que esta posibilidad de inaplicación viene exigida por la celeridad y eficiencia con las que debe producirse la actividad administrativa. La administración no puede interrumpir los procedimientos administrativos para proceder a iniciar una revisión de oficio o para impugnar los reglamentos ante los tribunales, puesto que los intereses afectados por las decisiones administrativas demandan en la mayoría de las ocasiones una decisión rápida, inmediata incluso, incompatible con la dilación de la adopción de los medios que se citan.

La inaplicación será en consecuencia la técnica por excelencia arbitrada por el ordenamiento frente al reglamento ilegal pero no obstante lo anterior puede no ser suficiente para luchar contra los reglamentos ilegales al ser por esencia un remedio pasivo.

## **II.2,b).- Modos activos: la impugnación**

A inaplicación a la que se hace referencia en el punto anterior convive con otros remedios activos o medios de impugnación. Así:

### ● Recurso Contencioso Administrativo

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, del 14 de julio), encomienda a los tribunales de esta jurisdicción controlar la legalidad de los reglamentos y declarar la nulidad de los que estén afectados de algún vicio, así el tenor

literal de su artículo 1 determina que los Juzgados y Tribunales de esta orden conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones generales de rango inferior a la ley, y así lo reitera en su artículo 25, del mismo modo en que la Constitución declara, en efecto, que los tribunales controlarán la potestad reglamentaria.

Este recurso es el único que puede interponerse de forma común contra los reglamentos, ya que el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, declara que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabe recurso en vía administrativa, aunque permita, por el contrario, recurrir en vía administrativa los actos dictados en aplicación de una disposición general con base en la ilegalidad de la misma, supuesto en que el recurso administrativo podrá interponerse directamente ante el órgano que dictó la disposición.

En este sentido y con relación a los recursos contencioso-administrativos deberá hacerse la siguiente diferenciación:

- ▶ Recurso directo mediante el que se impugna la disposición de carácter general y que suele suponer cierta economía procesal al evitar multitud de litigios.
- ▶ Recurso indirecto mediante el que se impugna un acto dictado en aplicación de una disposición general, y que se funda en que esta última no es conforme a Derecho.

El plazo para la interposición de los recursos será de dos meses contados a partir del día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses a contar a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa, se produzca el acto presunto.

El recurso indirecto no está condicionado por el hecho de haberse interpuesto el recurso directo, ni por la desestimación del recurso directo presentado.

El artículo 27 del mismo texto normativo determina que cuando un juez o tribunal de lo Contencioso Administrativo hubiera dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de una disposición general aplicada, deberá exponer la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo:

- Cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuera también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
- Sin necesidad de exponer la 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.

● Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona

Se trata de un procedimiento contencioso-administrativo especial preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales, para lograr la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de disposiciones susceptibles de impugnación, y también para la condena al cumplimiento de obligaciones soslayadas por la inactividad administrativa, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades.

La sentencia estimará el recurso cuando la disposición incurra en cualquiera infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de

poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.

### ● Impugnación en vía constitucional

Previo el examen del art. 161.1 de la Constitución Española, con carácter general, cabe indicar que no se admite recurso de inconstitucionalidad en materia reglamentaria salvo el caso previsto en el apartado 2º de ese mismo precepto según el cual “El gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal en su caso deberá levantarla o ratificarla en un plazo no superior a cinco meses”. Así, según establece el artículo 76 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 239, del 5 de octubre), dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación, o desde que llegase a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas.

En este apartado deberá hacerse referencia al recurso de amparo en relación con los reglamentos nulos. El artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determina que procede la interposición de un recurso de amparo contra las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30 de la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, una vez que se agotó la vía judicial procedente. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:



- ▶ Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que impidan el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.
- ▶ Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- ▶ Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Puede resultar de interés a STC 254/2006, del 4 de julio (LA LEY 319635/2006) en la que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la modificación por Real Decreto de la condición de funcionarios de los Cuerpos y Escalas de Correos y Telecomunicaciones que pasen a prestar servicios para la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

#### ● Revisión de oficio

Como control interno de los reglamentos ilegales dentro del seno de la propia administración deberá hacerse mención a la revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos que la ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su título VII y que determina que en cualquier momento, de oficio, y con el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (en el caso de la gallega, el Consello Consultivo) si lo hubiere, las Administraciones Públicas podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2 del mismo texto. La nulidad priva de toda posibilidad de convalidación al reglamento viciado.

## **IV.- REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES**

Existen normas que aunque no proceden de las administraciones públicas comparten con los reglamentos la misma denominación, es el caso singular y atípico de las normas que rigen los órganos constitucionales como son las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Aunque comparten el nombre con las anteriores disposiciones son significativas las diferencias que median entre unas y otras. Por una parte su origen, aquí se trata de disposiciones procedentes de órganos constitucionales muy concretos y no del poder ejecutivo como es el supuesto general, y por otro su ámbito, los reglamentos de estos órganos constitucionales regulan sólo ciertos aspectos de los mismos, como manifestación de su autonomía, frente al Gobierno, mientras que los reglamentos administrativos abordan todos los aspectos externos que la ley no pudo o no quiso regular.

#### **IV.1.- Las Cortes Generales**

En el caso de las cámaras legislativas los reglamentos internos de las mismas son una manifestación de su poder de autoorganización, que se reconoce expresamente en el artículo 72 del texto constitucional cuando determina que las Cámaras establecen sus propios reglamentos.

Algunos autores entienden que se trata de auténticas leyes en la medida en que proceden del poder legislativo y enlazan directamente con la norma constitucional, que es su antecedente y único límite. El hecho de que su producción no requiera el concurso de las dos cámaras en nada mengua su identidad de naturaleza con respecto a las demás leyes, pues su posición en el ordenamiento es la misma que la de estas, con independencia de que por su objeto no puedan exceder del ámbito interno de funcionamiento parlamentario.

En contra de esta postura otro sector de la doctrina afirma que los Reglamentos de las Cámaras aunque son actos del poder legislativo, no son leyes en sentido formal, puesto que no son aprobados por ambas las cámaras, no son sometidos a la sanción del Jefe del Estado ni objeto de promulgación.

La importancia del reglamento parlamentario viene derivada de su contenido. En ellos se recogen decisiones importantes para la vida del Estado, ya que establecen, entre otros, los procedimientos de aprobación de las leyes, del desarrollo de los debates parlamentarios y de la resolución de la moción de censura y cuestión de confianza.

Su relación con las demás leyes debe explicarse no en función del principio de jerarquía sino del principio de competencia, es decir en función del ámbito material que la Constitución les reserva. En este sentido puede mantenerse que los reglamentos de las cámaras forman parte del parámetro de constitucionalidad en el sentido de que una ley puede ser inconstitucional si no se elaborara conforme lo determinado en estos reglamentos.

Por lo que se refiere a su contenido, puede afirmarse que en los Reglamentos de las Cámaras contienen dos tipos de normas:

- 1º. Normas de importancia externa, reguladoras de las relaciones de las Cámaras con otros poderes y sujetos públicos o privados.
- 2º. Normas internas relativas a su organización, composición y funcionamiento.

Desde otro punto de vista atendiendo a su relación con los preceptos constitucionales pueden distinguirse:

- 1º. Normas que constituyen una repetición formal de las reglas constitucionales.
- 2º. Normas de desarrollo de los principios constitucionales referentes a la estructura y funciones de la cámara.
- 3º. Normas de interpretación de los principios constitucionales.
- 4º. Normas innovadoras emanadas de los propios reglamentos, que regulan institutos jurídicos no previstos en la Constitución.

En cuanto a su rango en la pirámide normativa, algunos autores colocan a los reglamentos de las Cámaras en el escalón ya inferior a la ley, aunque cabe decir que el reglamento no es inferior ni superior a la ley, sino que ambos, teniendo idéntica fuerza normativa, operan en ámbitos materiales diferentes (principio de competencia).

El procedimiento de elaboración de los reglamentos viene previsto en el art. 72.1 de la Constitución, que exige que su aprobación y reforma tenga lugar por mayoría absoluta de la cámara implicada en votación final sobre el texto completo.

En lo relativo a su control, cabe apuntar que el artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ya referenciada) dispone que los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales y los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad. Por tanto, esta potestad autonormativa, como se ha venido señalando, está sujeta a la propia Constitución, principio que no hace más que recoger lo dispuesto en el art. 9.1 de la misma según el cual los poderes públicos están sujetos a la norma suprema y al resto del Ordenamiento.

#### **IV.2.- Demás órganos constitucionales**

En el caso de los reglamentos de los demás órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional) no cabe, en nuestro ordenamiento jurídico otorgarles la naturaleza jurídica de las leyes, ya que ni proceden del órgano legislativo, ni se ordenan a la constitución de modo directo, sino a través de las leyes orgánicas correspondientes, aunque expresan, eso sí, la autonomía e independencia funcional de los órganos de los que proceden y a los que, de este modo, se quiere poner a cubierto de eventuales injerencias del ejecutivo. Es el caso de los reglamentos que sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, puede dictar el Tribunal Constitucional según prevé el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “... El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en pleno, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, autorizados por su presidente”.

Lo mismo cabe decir de los reglamentos que, al amparo del art. 110 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (ya referenciada), se podrán dictar sobre su personal, organización y funcionamiento, en el marco de la legislación sobre la función pública y en desarrollo de la propia Ley Orgánica para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar.

Estos reglamentos podrán establecer condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar este en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley, en aquellos en que así se prevea en esta u otra ley y, especialmente, en las siguientes materias:

- Sistema de ingreso, promoción y especialización en la Carrera Judicial, régimen de los funcionarios judiciales en prácticas y de los jueces adjuntos y cursos teóricos y prácticos en la Escuela Judicial, así como organización y funciones de esta.
- Forma de distribución entre turnos y de provisión de plazas vacantes y desiertas de jueces y magistrados.

Los proyectos de reglamentos de desarrollo se someterán a informe de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados y de las corporaciones profesionales o asociaciones de otra naturaleza que tengan reconocida legalmente representación de intereses a los que puedan afectar. Se dará intervención a la Administración del Estado, por medio del Ministerio de Justicia, y a las de las comunidades autónomas siempre que una y otras tengan competencias relacionadas con el contenido del reglamento o sea necesario coordinar estas con las del Consejo General. Se solicitarán las consultas y los estudios previos que se consideren pertinentes y un dictamen de legalidad sobre el proyecto.

El Ministerio Fiscal será oído cuando le afecte la materia sobre la que verse el proyecto. En todo caso, se elaborará un informe previo de impacto de género.

Estos reglamentos, requerirán su aprobación por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por mayoría de tres quintos de sus miembros, deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado y autorizados por el Presidente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991.

- De Otto y Pardo, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1994.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000.
- González Pérez, J. y González Navarro, Jesús: *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común II*, Civitas, Madrid, 2004.
- Melero Alonso, E: “El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática del Derecho”, en *Cuadernos Const de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38/39, 2002.

<http://laleydigital.laley.es/Content/Busqueda.aspx>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE.**

### **3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GALICIA: LEYES DE GALICIA. DECRETOS LEGISLATIVOS. REGLAMENTOS. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DEL DERECHO GALLEGO.**



### **TEMA 3.**

## **EI ORDENAMENTO JURÍDICO DE GALICIA: LEYES DE GALICIA. DECRETOS LEGISLATIVOS. REGLAMENTOS. EI RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DEL DERECHO GALLEGO.**

### **I.- EL ORDENAMENTO 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 que deberá contener:

- El texto articulado que constituya la proposición de ley, que deberá ir precedido de una exposición de motivos.
- Una exposición de las razones que aconsejen la tramitación y aprobación de la proposición de ley.
- Una relación de los miembros de la denominada Comisión Promotora, debiendo figurar las firmas y datos personales de cada uno de ellos, y

con la indicación de la dirección que se señale para los efectos de notificaciones y comunicaciones.

Éstas serán un mínimo de 10 personas que deberán tener la condición de electores gallegos, y que no podrán ser Diputados del Parlamento de Galicia ni personas incursoas en cualquiera de las causas de incompatibilidad e inelegibilidad de las establecidas para las elecciones gallegas.

Una vez recibida la documentación anterior, la Mesa del Parlamento se encargará de examinarla, debiendo resolver sobre la admisión en el plazo de un mes. La decisión contraria a la admisión de la proposición de ley es susceptible de recurso de amparo por la Comisión Promotora. En este punto puede ser de interés la STC 76/1994, del 14 de marzo (LA LEY 2497-TC/1994), que niega el amparo a los/las parlamentarios/-as vascos/-as que recurrieron el acuerdo de inadmisión de la proposición no de ley (que dichos diputados, constituidos en Comisión Promotora, presentaron como una propuesta de iniciativa legislativa popular con base en la Ley Vasca 8/1986, del 26 de junio, reguladora de la materia, para que el Gobierno Vasco solicitara de las Cortes Generales una reforma de la Constitución). 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.

Sólo 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 comenzará por aquellas que propongan la devolución del proyecto a la Xunta de Galicia.

En caso de que se acordara la devolución del proyecto, este quedará rechazado y el/la Presidente/a del Parlamento lo comunicará 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 sólo 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 nombrará 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, comenzará el debate del texto en Comisión, examen que se realizará artículo por artículo. Durante



esta discusión la Mesa de la Comisión podrá admitir nuevas enmiendas a trámite siempre que tengan como propósito alcanzar un acuerdo por aproximación entra enmiendas ya formuladas y el texto del artículo. Para el caso de que la Comisión acuerde incorporar la exposición de motivos como preámbulo de la ley, las enmiendas presentadas en relación con la exposición se discutirán al final del articulado.

En los debates realizados en el seno de la Comisión, la Presidencia de la Mesa de la Comisión ejercerá las funciones que se confieren a la Presidencia y a la Mesa del Parlamento.

El dictamen de la Comisión será 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 comenzará 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 cerrará con otro turno de 5 minutos en el que cada unos 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, terminológicas o gramaticales.

Por último, 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 podrán 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 presentarán 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 ordenará 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 cómo 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 sólo podrá hacerse efectiva si la aceptara el Pleno del Parlamento.

► Procedimientos legislativos especiales

**Proyectos y Propositiones 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 sólo 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 acumularán en el mismo las enmiendas de devolución global o la de cualquier sección o centro gestor de gasto. Sólo 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 más se adecúe a la estructura del presupuesto. El debate final de los presupuestos en el Pleno del Parlamento se desarrollará 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 tramitarán 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 ésta, 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 del 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 aplicará 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

aplicarán las normas generales. El Pleno de la Comisión seguirá el trámite que se prevé para la deliberación en el Pleno de la Cámara.

### **Tramitación de un proyecto de ley en lectura única**

Será 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 será 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 sólo 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 (*BOE* núm. 212, de 5 de septiembre), modificada por la Ley 11/1988 (*BOE* núm. 283, de 25 de noviembre), la Ley /2007 (*DOG* núm. , de 13 de abril) y por la Ley 12/2007, del 27 de julio (*BOE* núm. , 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 sólo.

Las Leyes de Bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 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 determinarán el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación. Especificarán 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 llevará 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, fórmulas adicionales de control parlamentario.

Cuando una proposición de ley o una enmienda sea contraria a una delegación legislativa en vigor, la Xunta de Galicia está 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 fórmula 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. Adoptarán 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 considerarán 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 órdenes las aprobadas por las personas titulares de las consellerías.

Los decretos se firmarán 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 órdenes se firmarán 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-Órdenes 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 públicas 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 límite 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 realizará 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 cuál 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 respeto 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 sólo 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 esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.
- 3.-El Derecho estatal, será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Tomando en consideración las determinaciones anteriores podemos extraer distintas conclusiones:

- Las competencias que el texto constitucional no recoge cómo exclusivas del Estado pueden ser asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia en su estatuto. Así les será aplicable el Derecho propio de Galicia, en su carácter de exclusivas, tanto a las competencias del artículo 148 que sean asumidas, como las que no se recojan expresamente en el artículo 149 y que fueran objeto de asunción por la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Las competencias no asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia, ya sean de las incorporadas al artículo 148 o de las que puede asumir por no estar contempladas en el artículo 149, corresponderán al Estado. En este caso se determina por la Constitución una prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico para el caso de conflicto. En cualquier caso, es decir, aun hablando de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma gallega, el Derecho estatal es siempre supletorio del Derecho Gallego.

En lo que respecta a la referencia final del artículo 38 (que dice que el Derecho estatal, será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas) debe entenderse hecha al deber de respeto por el Estado, quien tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución Española), de las normas que constituyen el Derecho Civil gallego cómo 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 sólo en ausencia de ley gallega aplicable, y en ausencia de ley y costumbre se aplicará supletoriamente el derecho civil general del Estado, siempre que no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.

Las novedades más 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 más 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 último 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, cómputo 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 esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Se trata de la denominada **cláusula de prevalencia** según la cuál 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 últimas.

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.**

# **4. LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ADMINISTRADO. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRARLAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL ADMINISTRADO. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO.**

## **TEMA 4.**

**LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ADMINISTRADO. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL ADMINISTRADO. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO.**

### **LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA**

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.

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.

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. 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, 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. 57.1 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 94 señala que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los art. 111 y 138 para la suspensión de su eficacia y para las resoluciones sancionadoras que no

ponen fin a la vía administrativa, y salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior. En consecuencia, según el art. 95, 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.

## **LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

No hay una sola Administración pública, sino una pluralidad de Administraciones públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas. Junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades autónomas, las Administraciones locales (provincias, municipios, entidades locales menores), 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).

A efectos de la aplicación de las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, el art. 2 de la Ley 30/1992 señala que se entiende por Administraciones públicas la Administración general del Estado, las Administraciones de las Comunidades autónomas, y las entidades que integran la Administración local. Asimismo, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas tienen

asimismo la consideración de Administración pública, aunque sólo sujetarán su actividad a la Ley 30/1992 cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

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.

El art. 3 de la Ley 30/1992, en desarrollo del art. 103 de la Constitución, señala 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. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima, y en sus relaciones con los ciudadanos actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

El art. 3 de la Ley 30/1992 añade que las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades autónomas y de los correspondientes de las entidades que integran la Administración local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el art. 3 de la Ley 30/1992 proclama que cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

## **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).

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 de supremacía general (desde la perspectiva de la Administración), o relación de 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 de supremacía especial (desde la perspectiva de la Administración), o relación de 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.

## **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. 30 de la Ley 30/1992).

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).

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).

Otras circunstancias modificativas son, por ejemplo, la condena penal, la declaración de concurso o de insolvencia o las sanciones administrativas.

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.

## **LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL**

El administrado, al actuar en el tráfico jurídico 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.

## **SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL 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.

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 (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 (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 renunciabile.

- 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 o 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 o 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 no lo es en la mayor parte de los casos.

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.

## **SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO**

Se pueden incluir en este grupo tres clases diferentes: la sujeción, el deber y la obligación.

La sujeción 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.

## SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER MIXTO

Se pueden incluir en este grupo tres 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 civil, 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.

## LOS COMPLEJOS DE SITUACIONES JURÍDICAS: LOS STATUS

El status 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 status 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. P.ej., el status de español/extranjero, el status de vecino, el status de funcionario público, el status de concesionario, etc.

LUIS MIGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 21ª edición, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edición, y II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, I, 18ª edición, y II, 21ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, I y II, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

**5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD  
DE LA ADMINISTRACIÓN: SU  
CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. LAS  
POTESTADES  
ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO.  
LA ATRIBUCIÓN DE  
POTESTADES. POTESTADES  
REGLADAS Y POTESTADES  
DISCRECIONALES. EL CONTROL  
DE LA DISCRECIONALIDAD: EN  
ESPECIAL, EL CONTROL DEL FIN  
Y LA DESVIACIÓN DE PODER. EL  
PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**



## **TEMA 5.**

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER. EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**

### **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).

## **LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO**

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.

Finalmente, la potestad, a diferencia de los derechos subjetivos, no es transmisible, ni renunciable, ni prescriptible (GARCÍA DE ENTERRÍA, COSCULLUELA MONTANER).

## **LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES**

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 sustancial 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.

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 (GARCÍA DE ENTERRÍA).

## **POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES**

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.

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).

## **EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER**

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 del ejercicio de potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión es, por regla general, un control meramente negativo.

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.

Porque 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. Recuértese 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. 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 judicialmente.

Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en los casos en que la norma describe el supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados, ya 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 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. 54.1.f) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común]. Esta última exigencia no posee sólo una relevancia meramente formal sino también material para el control -que mencionaremos enseguida- 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 63.1 de la Ley 30/1992 dispone que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*”. Igualmente, el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que “la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*”. Este precepto legal define asimismo el concepto de desviación de poder. Conforme a lo que establece en su párrafo segundo, “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Aunque la Ley no lo limita expresamente a las potestades discrecionales, es éste un vicio típico del ejercicio de esta clase de potestades. Téngase en cuenta que si se trata de una potestad reglada y la actuación administrativa se corresponde puntualmente con la única permitida por el ordenamiento jurídico, resulta del todo irrelevante desde el punto de vista jurídico si la Administración actuó animada o no por el fin para el que la potestad ejercida le ha sido atribuida.

Por el contrario, si la potestad actuada es discrecional y la decisión de la Administración se adopta en apariencia dentro de los límites del margen de decisión que le confiere dicha potestad, sí resulta plenamente relevante saber si la decisión ha sido adoptada o no para el fin para el que la potestad discrecional le ha sido atribuida a la Administración. Sin embargo, se trata de un vicio normalmente difícil de probar en la práctica procesal.

La desviación de poder descansa en la consideración del significado esencial de la potestad. Ésta se atribuye 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 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 aquéllos 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. La doctrina así entendida no afirma 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 que las presunciones razonables y los indicios suficientes deben bastar cuando son 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. Finalmente, el límite jurídico más importante que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de potestades discrecionales es el deber de observancia de los principios constitucionales y principios generales del Derecho a los que se hallan sometidos en su actuación todos los poderes públicos.

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.

Sin embargo, el control en derecho que permiten tales principios no es un control positivo sino meramente negativo. No tiene por objeto

comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, consistente precisamente en la infracción de alguno de dichos principios.

Si la actuación impugnada no adolece de ningún vicio, será plenamente conforme a Derecho y deberá ser confirmada por el juez contencioso-administrativo, aunque pueda haber otras alternativas que lo serían igualmente. La elección entre éstas no puede ser revisada en sede jurisdiccional, pues siendo todas ellas inobjetables desde un punto de vista jurídico, cualquier pretensión revisora desbordaría los límites propios de un control en derecho, penetrando de lleno en el ámbito del juicio sobre la oportunidad o el acierto de la decisión adoptada por la Administración, cuya revisión le está vedada a la jurisdicción.

Adicionalmente, se ha de tener en cuenta que los principios jurídicos sólo vinculan a la Administración negativamente. Es decir, sólo prohíben aquellas actuaciones que conculcan de manera notoria o manifiesta los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no predeterminan positivamente cuál sea la que proceda adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio.

En consecuencia, estos principios no anulan o agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración, sino que sólo le imponen límites a su ejercicio.

Si la Administración los desborda (porque elige una solución arbitraria, desproporcionada o discriminatoria), el juez contencioso-administrativo anulará la decisión administrativa impugnada, pero no ordenará su sustitución por otra, pues -aun descartada la opción anulada-



podrá seguir habiendo una pluralidad de decisiones alternativas posibles que, sin incurrir en infracción de ningún principio jurídico, puedan ser legítimamente adoptadas por la Administración en el ejercicio de su margen de apreciación o de decisión. Como se ha dicho, la opción por cualquiera de éstas corresponde a la Administración, y la elección que ésta lleve a cabo no es susceptible de un control en derecho.

Sólo excepcionalmente los principios jurídicos agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración. Ocasionalmente puede darse algún caso en que, no obstante gozar la Administración inicial o formalmente de un margen de apreciación o de decisión, proceda entender que tan sólo una única actuación no estaría incurso en infracción de algún principio jurídico, por apreciarse que cualquier otra imaginable en el caso concreto infringiría necesariamente alguno de estos principios.

En estos casos la doctrina habla de un agotamiento o, en terminología acuñada por la dogmática alemana, de una *reducción a cero* del margen de apreciación o de decisión.

Tal agotamiento del margen de apreciación o de decisión determina que la potestad actuada se transforme en el caso concreto en una potestad reglada (dado que en el caso sólo una única solución se ajusta a Derecho). En consecuencia, el control jurisdiccional de la actuación impugnada será también en estos casos un control positivo (y no meramente negativo, como sucede normalmente cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (BACIGALUPO SAGESSE, COSCULLUELA MONTANER).

## **EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA**

En el supuesto de que un particular quisiera hacer cumplir a otro una obligación que efectivamente ha contraído, sin que acepte el cumplimiento voluntario de la misma, el particular acreedor debe 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.

A diferencia de esta situación entre particulares, el principio o privilegio de autotutela de la Administración 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.

Así, el art. 56 de la Ley 30/1992 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. 57.1 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 94 señala que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los art. 111 y 138 para la suspensión de su eficacia y para las resoluciones sancionadoras que no ponen fin a la vía administrativa, y salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten 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. 95 de la Ley 30/1992 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.

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 cautela, 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-administrativa 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 autotela ejecutiva o ejecutoriedad de aquéllos.

- 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).

- La imposibilidad de interponer interdictos contra la actuación formalmente correcta de la Administración (art. 101 de la Ley 30/1992). La prohibición de interdictos 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).

LUIS MIGUEZ MACHO

## **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, 21.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edición, y II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

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

## **6. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.**

## **TEMA 6.**

### **LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN**

#### **Derechos de los ciudadanos**

El art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, rotulado “Derechos de los ciudadanos”, contiene una enunciación de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, lo que no excluye, por supuesto, que aquéllos disfruten también de otros derechos reconocidos por la Constitución y las leyes. Esta regulación es de gran trascendencia, por la aplicabilidad general de las normas de la Ley 30/1992 sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

*- Derecho a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que se tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos*

En realidad, no se trata de un derecho de los ciudadanos en general, sino sólo de los interesados en los procedimientos administrativos, y que además puede verse sometido a limitaciones por la normativa de protección de los datos de carácter personal (fundamentalmente, la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre). La obtención de copias de documentos se supedita al pago de las tasas legalmente previstas.





Conforme al art. 31.1 de la Ley 30/1992, se consideran interesados en el procedimiento administrativo a:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.
- *Derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos*

Este derecho es esencial para poder ejercer la facultad legal de recusación reconocida a los interesados en los procedimientos administrativos por el art. 29 de la Ley 30/1992, según el cual en los casos previstos en el art. 28.2 podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

Los motivos de abstención previstos en el art. 28.2 que permiten promover la recusación de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas son:

- Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

- Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas anteriores.
- Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Asimismo, el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos es esencial para poder solicitar que se exija responsabilidad disciplinaria a esas personas de acuerdo con lo previsto por el art. 41.2 de la Ley, en caso de que incumplan su deber de adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

*- Derecho a obtener copia sellada de los documentos que se presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento*

Hay que tener en cuenta que el art. 38.5 de la Ley 30/1992, reformado por la Ley 4/1999, reconoce también a los administrados el derecho a que sea la copia la que se remita al órgano destinatario, devolviéndose el original al administrado (salvo cuando el propio original deba obrar necesariamente en el procedimiento), previo cotejo con este último por los registros a que se refieren las letras a) y b) del art. 38.4 (los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración general del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares, a los Ayuntamientos de los municipios de gran población, o a la del resto de las entidades que integran la Administración local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio).

*- Derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad autónoma*

El artículo 54 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, impone a todos los empleados públicos como principio de conducta que garanticen la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.

*- Derecho 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*

Igual que el derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos, este derecho no pertenece a todos los ciudadanos, sino sólo a los que cuentan con la condición de interesados en un concreto procedimiento.

En este sentido, establece el art. 79.1 de la Ley 30/1992 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.

*- Derecho 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*

El derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración fue una novedad de la Ley 30/1992 de enorme trascendencia, ya que obliga a la Administración a recabar de sus distintos órganos toda la documentación que obre en su poder y que sea necesaria para la tramitación de un determinado procedimiento. Sin embargo, la disposición final de la Ley 30/1992 supeditó su efectividad material y temporal a que el Consejo de Ministros dictase las disposiciones de desarrollo precisas; la eliminación de esa previsión por la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, hace que el derecho deba considerarse inmediatamente exigible.

*- 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 el administrado se proponga realizar*

Nuevamente, se trata de un derecho cuya efectividad queda condicionada a la emanación de una normativa de desarrollo que garantice la formación adecuada de los funcionarios y la existencia de servicios de información en todas las oficinas públicas. En el ámbito de la Administración general de Estado se dictó a este fin el Real Decreto

208/1996, de 9 de febrero, sobre los servicios de información administrativa y atención al ciudadano.

*- Derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones públicas*

Se desarrolla en el art. 36 de la Ley 30/1992, y se expone detalladamente al final del tema.

*- Derecho a ser tratado con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las 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 artículo 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.

*- Derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, 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 por el título X de la Ley 30/1992.

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. 145 de la Ley 30/1992). En cambio, sí se puede exigir directamente la responsabilidad penal y la civil derivada de delito (art. 146).

### **La lengua en los procedimientos administrativos**

Hay que distinguir los siguientes supuestos, conforme al 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.

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 derecho de acceso a 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.

Esa regulación está contenida en el art. 37 de la Ley 30/1992, que reconoce a los administrados el derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

El acceso a los documentos obrantes en procedimientos que se estén tramitando se rige por las reglas del procedimiento administrativo y, en principio, sólo está abierto a las personas que tengan la condición de interesados.

### ***- Régimen general***

El derecho de acceso se tendrá que ejercer de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios administrativos. A tal fin, hay que formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar; la Administración no tiene obligación de atender las solicitudes genéricas sobre una materia o conjunto de materias (art. 37.7 de la ley 30/1992).

El acceso se realiza en principio mediante la obtención de copia o certificado de los documentos, previo pago, en su caso, de las tasas establecidas (art. 37.8). No obstante, se puede autorizar el acceso directo a los documentos cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas (art. 37.7).

La Administración publicará periódicamente la relación de los documentos obrantes en su poder que se sometan a un régimen de publicidad especial por afectar a la sociedad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares (art. 37.9 de la Ley 30/1992).

También serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que conlleven una interpretación del Derecho positivo o de los procedimientos vigentes, para que puedan ser alegadas por los particulares frente a la Administración (art. 37.10).

#### *- Excepciones*

- El ejercicio del derecho de acceso puede ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por interés de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una norma con rango



de ley. La denegación se tiene que hacer por resolución motivada (art. 37.4 de la Ley 30/1992).

- Asimismo, el derecho de acceso no se puede ejercer respecto de los siguientes expedientes (art. 37.5):

- Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas al Derecho administrativo.

- Los que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado.

- Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudieren ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las investigaciones que se estuvieran realizando.

- Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

- Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

- Se rigen por su regulación específica y no por el artículo 37 de la Ley 30/1992:

- El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

- El acceso a los documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
  - Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral
  - Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.
  - El Registro civil, el Registro central de penados y rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una norma con rango de ley.
  - El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones públicas por parte de las personas que tengan la condición de diputado, senador o parlamentario autonómico.
  - La consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos.
- Acceso a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas (art. 37.2 de la Ley 30/1992):

Se reserva a éstas, que, en el caso de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, pueden exigir que sean rectificados o completados. Se exceptúan los casos en que se trate de expedientes caducados por el transcurso del tiempo de los que no pueda derivarse efecto alguno.

- Acceso a documentos de carácter nominativo que no contengan datos referentes a la intimidad de las personas (art. 37.3 de la Ley 30/1992):

Puede ser ejercido no sólo por sus titulares, sino también por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, siempre que tales documentos figuren en procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y sea posible hacerlos valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

### **Derechos de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos**

En la actualidad, a los derechos reconocidos a los ciudadanos en la Ley 30/1992 hay que sumar los derechos de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos enunciados en el art. 6 de la Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Este artículo reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el art. 35 de la Ley 30/1992, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, en los términos previstos en la Ley 11/2007, los siguientes derechos:

- 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.



- 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 consentimiento 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.
- A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones públicas.
- 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.
- A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.
- A la conservación en formato electrónico por las Administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.
- 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.

- A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones públicas.
- A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.
- A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.
- 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.

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, ha añadido un apartado 3 a este art. 6 de la Ley 11/2007 según el cual, en particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:

- Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.
- Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades

competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.

- Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.
- Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.

En relación con la efectividad de los derechos enunciados en el art. 6 de la Ley 11/2007, es preciso tener en cuenta que la disposición final tercera de la misma establece que desde la fecha de su entrada en vigor dichos derechos podrán ser ejercidos en relación con los procedimientos y actuaciones adaptados a lo dispuesto en la Ley y, a tales efectos, cada Administración pública hará pública y mantendrá actualizada la relación de dichos procedimientos y actuaciones.

Ahora bien, mientras que, en el ámbito de la Administración general del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, los derechos reconocidos en el artículo 6 podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009, en el ámbito de las Comunidades autónomas y de las entidades que integran la Administración local, tales derechos sólo podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir de la fecha mencionada siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, ha añadido un nuevo apartado 5 a la disposición final tercera de la Ley 11/2007, según el cual aquellas Comunidades autónomas y entidades integradas en la Administración local en las que no puedan ser ejercidos a partir del 31 de

diciembre de 2009 los derechos reconocidos en el artículo 6 en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia, deberán aprobar y hacer públicos los programas y calendarios de trabajo precisos para ello, atendiendo a las respectivas previsiones presupuestarias, con mención particularizada de las fases en las que los diversos derechos serán exigibles por los ciudadanos. Dichos programas podrán referirse a una pluralidad de municipios cuando se deban ejecutar en aplicación de los supuestos de colaboración previstos en la propia disposición.

LUIS MIGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

BLASCO DÍAZ, J.L.: “Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, 2007, págs. 791-821.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 21ª edición, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edición, y II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, I y II, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

**7. 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 7: 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 recientísimo 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 (en la actualidad la Dirección Xeral de....) 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 fines 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 información 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 consentimiento 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 dicho 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 integridad y actualización 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, por ejemplo, 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, la guía de procedimientos y servicios, al “Diario Oficial de



Galicia” (cfr. el art. 13 del DAEXG sobre su edición electrónica que sustituye a la impresa), a la “plataforma de Contratos Públicos de Galicia”, etc.

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).

## **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 reconocidos, admitidos por las Administraciones Públicas que tengan validez en Galicia y que se especifiquen en la sede electrónica (cfr. art. 14, 2, b) y 16 del DAEXG; 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).

## **REXISTROS, COMUNICACIONS E NOTIFICACIONS 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- inmediateamente 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 algunas determinaciones jurídicas: los sujetos -públicos y privados- que pueden iniciar o activar el procedimiento, la disponibilidad de modelos o sistemas electrónicos de solicitudes en la sede electrónica, la forma de aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos, la

identidad de los órganos que resuelven el procedimiento, las notificaciones de las resoluciones, etc. (cfr. art. 22 DAEXG).

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 indentificado con un “código de clasificación normalizado” (cfr. art. 33, 4 DAEXG).

La formación de los expedientes electrónicos es responsabilidad del órgano que disponga la normativa de organización específica (cfr. art. 33, 6 DAEXG ) debiendo someterse –los que deban ser objeto de remisión o puesta a disposición- a varias reglas que contiene el art. 33, 7 del DAEXG:

- a) Los expedientes electrónicos dispondrán de un código que permita su identificación unívoca por cualquier órgano de la Administración en un entorno de intercambio interadministrativo.
- b) El foliado de los expedientes electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico, firmado electrónicamente 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).

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).

FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA,  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña

## **BIBLIOGRAFÍA SUMARIA**

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *e-Administración*, Universidad Oberta de Cataluña, 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.: *Anotacións e comentarios ao Decreto de administración electrónica: Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da administración*

*electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes*, Colegio Profesional de Ingeniería en Informática de Galicia, 2011.

VALERO TORRIJOS, J.: *Régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª edición, Comares, Granada, 2007

Julio de 2011

## **8. EL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CIUDADANO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL SISTEMA DE QUEJAS Y SUGERENCIAS. LAS CARTAS DE SERVICIOS.**

## **TEMA 8.- EL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CIUDADANO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL SISTEMA DE QUEJAS Y SUGERENCIAS. LAS CARTAS DE SERVICIOS.**

### **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 transcendente 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 los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras Leyes.*
- 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.

#### **a) 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.

#### **b) 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 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 36.2.D.a) del Decreto 7/2011, del 20 de enero, por lo que se establece la estructura orgánica 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. EL SISTEMA DE QUEJAS Y SUGERENCIAS**

### **4.1 Régimen jurídico de las sugerencias y quejas.**

El artículo 25 delimita el régimen jurídico de las sugerencias y quejas:

1. Los ciudadanos e instituciones públicas o privadas podrán formular las sugerencias o quejas que cuiden convenientes sobre el funcionamiento de los servicios públicos de la Administración autonómica con el fin de mejorar la calidad de los mismos.
2. Las sugerencias y quejas formuladas según lo dispuesto en el punto anterior, no tendrán en ningún caso la cualificación de recurso administrativo ni su presentación suspenderá los plazos establecidos en la normativa vigente.
3. La presentación de sugerencias y quejas no condiciona en ningún modo el ejercicio de las restantes acciones o derechos que, de conformidad con la normativa reguladora de cada procedimiento, puedan ejercer los que figuren en él como interesados.

### **4.2.- Forma de presentación de las sugerencias y quejas.**

1. La forma de presentación de las sugerencias y quejas podrá ser:
  - a) Por escrito dirigido a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, que contendrá los datos de la oficina tramitadora, nombre del funcionario y los hechos que motivaron la sugerencia o queja, los datos que permitan la identificación del ciudadano para los efectos de su notificación, así como el objeto de su sugerencia o reclamación.

Para estos efectos, se publica como anexo VI del Decreto, un modelo impreso del cual se facilitarán ejemplares en todas las oficinas de registro.



- b) Por correo electrónico o a través de internet accediendo a la página web de la Consellería da Presidencia, Administracións Públicas Xustiza. Igualmente en este caso, las sugerencias o quejas irán dirigidas a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, debiendo figurar el nombre, apellidos y domicilio para los efectos de notificación.
2. En el caso de quejas o sugerencias que afecten a organismos o instituciones ajenas a la Administración autonómica, se le dará traslado de ellas a quien corresponda notificándoselo al interesado.
3. Las sugerencias y quejas podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 7º del Decreto:
- a) En cualquiera de las oficinas de registro, propias o concertadas, de la Administración de la comunidad autónoma que se determinan en los anexos I e II de este decreto y, si es el caso, a través del Registro Telemático.*
  - b) En cualquier oficina de registro de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración general del Estado y a la de cualquier Administración de las comunidades autónomas.*
  - c) En las oficinas de correos en la forma establecida reglamentariamente.*
  - d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.*
  - e) En cualquiera otro que establezcan las disposiciones vigentes.”*

#### **4.3.- Procedimiento de tramitación de quejas.**

El artículo 27 establece el procedimiento de tramitación de las quejas, indicando las fases siguientes:

1. Recibida la queja en las oficinas o registros de la Administración Autonómica, se le dará traslado inmediato de ella a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

2. Una vez recibida en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, ésta, por su parte, le dará traslado de la queja a la Secretaría Xeral Técnica de la consellería afectada por ella, quien en el plazo de 15 días deberá remitir informe al respecto, en el que se añada una propuesta de actuación en relación con la queja.
3. Una vez emitido el informe y recibido en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, ésta dará traslado del mismo al interesado, dándole un plazo de 10 días para que formule las alegaciones que cuide oportunas.
4. A la vista del informe solicitado, y de las alegaciones formuladas por el interesado, la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, podrá adoptar alguna de las medidas siguientes:
  - a) Recomendar la adopción de las medidas tendentes a la enmienda de la/las anomalía/as detectadas.
  - b) Formular una propuesta de mediación con el interesado, cuando la entidad del asunto lo permita y sea aceptada por el interesado.
  - c) Proponer la incoación de un expediente disciplinario cuando se constate la existencia de alguna de las causas previstas legalmente para su incoación.
  - d) Cualquiera otra medida, tendente a solucionar la queja formulada.

En todo caso, y en el plazo de 20 días contados desde la recepción de la queja en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, esta deberá notificar al interesado las actuaciones llevadas a cabo al respecto.

5. En el supuesto de que expire el plazo de 15 días para que la correspondiente Secretaría General Técnica emita el informe

solicitado, la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, le remitirá nuevo escrito advirtiéndolo del deber de emitir el informe solicitado con la mayor brevedad posible, poniéndolo en conocimiento de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza para su elevación a la Comisión de Secretarios Xerais Técnicos.

#### **4.4.- Procedimiento de tramitación de sugerencias.**

Una vez descrito el procedimiento de tramitación de las quejas, el artículo 28 establece el procedimiento de tramitación de las sugerencias, que es más sencillo y consta de las siguientes fases:

1. Recibida la sugerencia en las oficinas o registros referidos, se dará traslado de ella a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.
2. Una vez recibida en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, esta, a su vez, dará traslado de la sugerencia a la Secretaría Xeral Técnica de la consellería afectada por ella, quien en el plazo de 20 días deberá remitir informe al respecto.
3. Una vez emitido el informe y recibido en la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, se dará traslado de este al interesado, poniendo fin con la referida notificación a su tramitación.

#### **4.5.-Seguimiento y control de las quejas y sugerencias.**

Finalmente el artículo 29 del Decreto 164/2005, del 16 de junio, identifica el centro directivo al que se le atribuye la competencia del seguimiento y control de las quejas y sugerencias al señalar:

La Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa llevará el control y seguimiento de las quejas y sugerencias formuladas en las distintas unidades administrativas de la Administración autonómica.

El ámbito de la actuación de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, se entenderá sin perjuicio de las inspecciones sanitaria, financiera, tributaria, educativa, laboral o cualquier otra que establezcan las disposiciones normativas vigentes por las que se rigen.

## **5. LAS CARTAS DE SERVICIOS**

### **5.1. Antecedentes de la calidad y de las cartas de servicios.**

Desde mediados del años 80 las Administraciones Públicas del mundo occidental se vieron envueltas en un nuevo contexto, persiguiendo no sólo una Administración más eficaz y eficiente, sino también una Administración que asuma los principios de gestión de la calidad y de orientación al ciudadano, dando respuesta a sus expectativas en relación con la gestión de los recursos y con la prestación de servicios públicos.

Las Cartas de servicios son un instrumento de gestión de la calidad que surge casi exclusivamente en las Administraciones Públicas desde los años 90. Y su origen se sitúa en Gran Bretaña, en julio del año 1991, cuando se elabora y se presenta al Parlamento Británico la primera carta del ciudadano (*Citizen's charter*), siendo primer ministro británico John Major.

En España, las Cartas de Servicios surgen a finales de los años 90 y se convierten en una herramienta ampliamente empleada no sólo por la Administración General del Estado desde el año 1999, sino también por otras Administraciones Públicas.

### **5.2. El Programa de Cartas de servicios de la Xunta de Galicia.**

#### **5.2.1. Regulación normativa.**

En la Xunta de Galicia, el programa de Cartas de Servicios se implantó en el año 2004 con la aprobación del Decreto 148/2004, del 1 de julio (DOG nº 133, del 12 de julio). Actualmente viene regulado por las siguientes disposiciones:

- a) Artículo 6º de la Ley 4/2006, del 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega (DOG nº 136, del 14 de julio).

- b) Capítulos I e II del Decreto 117/2008, del 22 de mayo por el que se regulan las Cartas de servicios y el Observatorio de la Calidad y de la Evaluación Electrónica de Galicia (DOG nº113, del 12 de junio), parcialmente modificado por el Decreto 21/2010, de 4 de febrero, por el que se crea y se regula el Observatorio de la Sociedad de la Información y la Modernización de Galicia (DOG nº39, del 26 de febrero).
- c) Orden del 11 de julio de 2008 por la que se aprueba una guía descriptiva de elaboración de Cartas de servicios en la Xunta de Galicia y el Manual de identidad gráfica del Programa de Cartas de servicios de la Xunta de Galicia (DOG nº 140, del 21 de julio).

### **5.2.2. Definición, órgano competente para su elaboración y tipología de CS en la Xunta de Galicia.**

Las Cartas de Servicios (en adelante CS) no se conciben como simples folletos divulgativos de los servicios públicos que presta una organización, pues para este fin se cuenta con otros instrumentos más sencillos como son los catálogos o carteras de servicios, folletos descriptivos de funciones y servicios...

Por el contrario, conforme a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto, se conciben como un instrumento de gestión de la calidad que promueve un proceso de análisis y avance de los servicios de una organización y cuyos resultados se plasman en documentos divulgativos de acceso público, impresos o electrónicos, en los cuales, como mínimo, se identifican servicios públicos que presta la organización, los órganos responsables de esa prestación, los derechos de los usuarios de esos servicios, así como niveles estándar y compromisos de calidad a que se ajustará la prestación de los dichos servicios.

En definitiva las CS deben permitir a las Administraciones Públicas mejorar la calidad de los servicios públicos mediante el análisis e identificación de

los servicios prestados, así como la definición y difusión de compromisos de calidad que asumen las organizaciones en la prestación de estos servicios, y estar en disposición de dar respuesta a las necesidades y expectativas del ciudadano o usuario de los servicios, así como realizar un seguimiento del grado de cumplimiento de esos compromisos y comunicar los resultados de su implantación.

Es fundamental, por lo tanto, mantener un mínimo rigor metodológico en todo el proceso de elaboración de las CS si hablamos de calidad y avance continuo, y aún más si las Cartas deben ser valoradas por los ciudadanos y ser útiles para el avance de la Administración, de forma que no se conviertan en simples e inconcretas declaraciones de buenas intenciones.

Conforme a lo previsto en el artículo 5º del Decreto, podrán elaborar proyectos de CS los órganos, centros o unidades, cualquiera que sea su nivel orgánico, con competencia material o funcional en los servicios sobre los que se pretenden desarrollar las respectivas Cartas. Y las CS que se elaboren pueden tener por objeto el conjunto de los servicios o servicios específicos que presta un órgano o nivel organizativo de la Administración de la Xunta de Galicia.

Dependiendo de los criterios de clasificación que se usen, se pueden determinar tipologías diferentes de CS. Así, dependiendo de los destinatarios a los que una organización presta los servicios objeto de una Carta, se habla de CS al ciudadano (cuando los destinatarios de los servicios es el ciudadano), o de CS a clientes internos (cuando los destinatarios de los servicios son el propio personal de la Administración autonómica u otros órganos, centros, departamentos o entidades dependientes de la Xunta de Galicia).

Y, por otra parte, dependiendo de que el ámbito competencial sobre unos servicios corresponda a varias organizaciones responsables de la prestación de esos servicios, en la Xunta de Galicia se habla de los siguientes tipos de CS:

- a) *Cartas de Servicios Interdepartamentales*: aquellas que tengan por objeto uno o varios servicios en los que en su prestación participan distintos órganos u organismos dependientes de más de una consellería de la Xunta de Galicia.
- b) *Cartas de Servicios Interadministrativas*: aquellas que tengan por objeto uno o varios servicios en los que en su prestación participan órganos u organismos dependientes de la Xunta de Galicia y órganos u organismos de otras Administraciones públicas.

### **5.2.3. Niveles de calidad de las Cartas de Servicios.**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 7º, las CS de la Xunta de Galicia se someten a un sistema de calificación de tres niveles de calidad para reflejar los diferentes niveles de rigor y calidad conseguidos en el desarrollo e implantación de cada carta de servicios.

En función de ese sistema se contemplan tres categorías distintivas de CS que, clasificadas de menor a mayor grado de calidad, son las siguientes:

- a) Carta de Servicios Base (nivel de calidad I)
- b) Carta de Servicios Auditada (nivel de calidad II)
- c) Carta de Servicios Consolidada (nivel de calidad III).

Conforme a lo previsto en el citado artículo, la calificación del nivel de calidad que corresponda a cada Carta de Servicios la determinará la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, por el procedimiento señalado en el artículo 10º del Decreto.

### **5.2.4. Requisitos generales y específicos de cada nivel de calidad de cartas de servicios.**

En cuanto a los requisitos exigidos para conseguir los diferentes niveles de calidad de las cartas de servicios, se debe tener en cuenta que, atendiendo a la normativa vigente, se pueden distinguir entre unos requisitos



generales y comunes para todos los niveles de calidad de CS y otros requisitos específicos y diferenciadores de cada uno de esos niveles.

En lo tocante a los requisitos generales y comunes, hay decir que todas las CS que se elaboren e implanten, independientemente del nivel de calidad a que opten o consigan, deben cumplir los requisitos generales siguientes:

1. Tanto en el desarrollo del proyecto de una nueva CS como de modificación de una ya vigente, deberá formalizarse una comunicación escrita a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa dando cuenta del desarrollo del proyecto de modificación o de la nueva CS concreta y la asunción de sus compromisos.
2. En los supuestos de CS que incluyan compromisos, medidas de compensación o enmienda que tengan una posible repercusión económica, tener justificada la viabilidad presupuestaria y económica de los mencionados compromisos o medidas de compensación o enmienda.
3. Antes de la aprobación definitiva del proyecto de carta de servicios por la persona titular de la consellería de que dependan las organizaciones responsables de la carta de servicios, la CS debe contar con el informe favorable de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa previsto en el artículo 10º del Decreto.
4. Publicar en el DOG la orden emitida por la persona o personas titulares de la o de las consellerías respectivas y por la que se da aprobación definitiva de la carta de servicios y publicar también la versión de la carta en formato DOG (solo texto).
5. Para lograr una mayor difusión de sus contenidos, además de la comentada versión formato DOG, toda CS deberá contar también con los siguientes soportes divulgativos:

a) Formatos de folletos impresos tipo dípticos, trípticos, polípticos, etc.

b) Formato electrónico para su publicación en página web.

Y en todos estos formatos se garantiza el cumplimiento de los requisitos de diseño e imagen corporativa específica previstos para el Programa de CS de la Xunta de Galicia.

Por otra parte, los requisitos específicos y diferenciadores de cada uno de los niveles de calidad de las cartas de servicios, son los siguientes:

#### Requisitos del nivel I: Carta de Servicios Base

Los requisitos diferenciadores de este nivel de calidad evalúan básicamente el producto final de la CS y son los siguientes:

1. El proyecto de CS cuenta desde su inicio con un coordinador y en su desarrollo participó, por lo menos, un responsable directo de la organización prestadora de los mencionados servicios objeto de la Carta o personal conocedor de los procedimientos internos de estos servicios.
2. Los soportes divulgativos de la Carta tienen los siguientes contenidos mínimos:
  - a) Denominación/título.
  - b) Año de edición y número de ejemplares de la edición respectiva.
  - c) Propósito general (suscribir por las personas titulares de los centros directivos, con nivel mínimo de dirección general, que la promoverán).
  - d) Servicios de la organización.
  - e) Compromisos cualitativos o cuantitativos de prestación de servicios.

- f) Datos identificativos de la organización, concretando como mínimo:

Denominación de la organización u organizaciones prestadoras de los servicios y, de ser el caso, de la organización responsable de la Carta.

Direcciones postales, telefónicas y electrónicas de las dependencias de la organización prestadora de los servicios (teléfono, fax, correo electrónico, página web).

Horario de atención al público.

- g) Normativa reguladora y/o derechos legales de los usuarios.
- h) El sistema y las condiciones que tienen los usuarios para la tramitación de sugerencias y quejas, según se establece en el punto 3 del artículo 11 del vigente Decreto.

### Requisitos del nivel II: Carta de Servicios Auditada

Los requisitos diferenciadores de este nivel de calidad se establecen no solo requisitos de producto final sino también de proceso, y son los siguientes:

1. El proyecto de la CS debe ser desarrollado por un equipo de trabajo multidisciplinar configurado por personal de la organización y que cumple con los perfiles de integrantes del equipo de trabajo que establece la metodología de elaboración de CS auditadas.
2. El proyecto de CS desarrollado debe cumplir con los requisitos mínimos de proceso metodológico que se relacionan en el anexo II del vigente Decreto.
3. Los soportes divulgativos, además de los previstos para la categoría CS base, presentan los siguientes contenidos mínimos:

- a) Indicadores de evaluación de compromisos.
- b) Cuando sea posible, medidas de compensación/reparación por incumplimiento de los compromisos de la Carta, o justificación de la imposibilidad de su inclusión.
- c) Deberes legales con los que debe cumplir el usuario de los servicios o la identificación de formas de colaboración del usuario que contribuyan al aseguramiento de una buena prestación de los servicios.
- d) Formas y medios previstos de participación ciudadana para definir y mejorar los servicios objeto de la Carta.
- e) Formas y medios de comunicación periódica de resultados del grado de cumplimiento de los compromisos de la Carta.

### Requisitos del nivel III: Carta de Servicios Consolidada

Para conseguir este nivel de calidad de CS, se exigen requisitos orientados a la constatación de la existencia de resultados positivos de la implantación de las CS, que son los siguientes:

1. El proyecto de la CS cumple con uno de los dos siguientes requisitos:
  - a) Cuenta con certificado que acredita que la CS superó un proceso de certificación por una entidad externa debidamente acreditada para certificar CS, y cuyo procedimiento y capacidad de certificación de CS fueron validados por la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.
  - b) Cumple los requisitos de contenidos y de proceso metodológico definidos para la categoría CS auditada y, además, acredita que la Carta comporta los siguientes avances:

En el 100% de los servicios objeto de la carta de servicios se dispone, como mínimo, de un compromiso por servicio identificado.

El grado de cumplimiento de todos los compromisos de la carta es por lo menos del 90% en los dos años previos al año de solicitud del informe de calificación como CS consolidada.

La organización responsable de la CS hace públicos los resultados con una periodicidad al menos anual.

En los dos años previos, la organización debe tener contrastada la validez y vigencia de las expectativas detectadas al inicio del proyecto de la carta o tras un proceso de actualización de la misma.

#### **5.2.5. Responsabilidades de elaboración y gestión de las Cartas de Servicios.**

Conforme a lo previsto en el artículo 9º del Decreto, los que promoverán y facilitarán el desarrollo de CS en el ámbito competencial de sus respectivos departamentos serán las secretarías y direcciones generales de las consellerías de la Xunta de Galicia o el máximo nivel directivo de los organismos autónomos, empresas y demás niveles organizativos identificados en el artículo 2º del Decreto.

Y la ejecución concreta del proceso de elaboración de cada CS será llevado a cabo por un equipo de trabajo constituido al efecto y que tendrá unos requisitos mínimos diferentes que se determinan en el Anexo I del Decreto, dependiendo del nivel de Carta de Servicios que se pretenda desarrollar.

El número de integrantes del equipo, para que sea eficiente, deberá oscilar, entre cinco y nueve personas, y en todo proyecto deberá contar como mínimo con los siguientes perfiles: Responsables directos de las

organizaciones que prestan los servicios (1-2 personas) y 1 coordinador del proyecto.

Y tal y como se determina en el Decreto, para CS auditadas y consolidadas se requiere, a mayores, contar en el equipo de trabajo con personas que respondan a los siguientes perfiles:

El titular o el máximo responsable del centro directivo del cual depende la organización prestadora de los servicios objeto del proyecto (1 persona).

Personal técnico de la organización conocedor del conjunto de los servicios y de los procesos asociados a estos (1-2 personas).

Personal de la organización en contacto directo con el ciudadano (1-2 personas).

Personal conocedor de los procedimientos internos de trabajo y de la legislación aplicable (1-2 personas).

Los miembros del equipo deben ser o estar mínimamente formados para el desarrollo del proyecto de carta. Y a este respecto se considera necesario que dichos miembros del equipo, como mínimo, cuenten con una mínima formación en:

Conceptos generales de calidad y CS.

Metodología de elaboración e implantación de CS de la Xunta de Galicia.

Metodologías para la detección de expectativas de los ciudadanos.

Gestión de equipos de trabajo y reuniones eficaces.

#### **5.2.6. Procedimiento de aprobación de las Cartas de Servicios.**

Los proyectos de noticias CS/modificaciones/actualizaciones de las ya vigentes, elaborados por uno o varios niveles organizativos dependientes

de una misma consellería de la Xunta de Galicia, tendrán una aprobación final mediante una orden del titular de la consellería que será publicada en el DOG junto con una versión que contenga el texto íntegro de la totalidad de los contenidos de la CS finalmente elaborada.

En el supuesto de proyectos de CS Interdepartamentales la aprobación final del proyecto, se deberá formalizar mediante una orden conjunta de los titulares de las consellerías participantes en el proyecto en cuestión y en el caso de CS Interadministrativas, a través de un convenio de colaboración o documento equivalente entre las partes participantes en el proyecto.

Antes de la formalización de la aprobación final referida, el proyecto de CS debe contar, con el informe preceptivo y favorable emitido por la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa a través del cual se intenta garantizar que el proyecto desarrollado responde a las mínimas directrices de proceso metodológico, fases de elaboración, contenidos, identidad corporativa y otros aspectos descritos en la normativa reguladora de CS.

Para obtener el informe referido, una vez rematado el desarrollo de cada proyecto de CS, la persona titular del centro directivo de la Xunta de Galicia responsable de la elaboración o de la coordinación del proyecto deberá solicitarlo a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, mediante una solicitud normalizada, junto con la que se remitirán también:

- a) Datos identificativos del coordinador del proyecto desarrollado;
- b) Una comunicación de asunción de los compromisos que se identifiquen en el proyecto de Carta; y
- c) Un dossier justificativo del proyecto desarrollado (dossier que contendrá como mínimo cuatro elementos: redacción del texto final de los contenidos de la CS que se pretende publicar; propuesta final de estructura gráfica y de contenidos de los soportes divulgativos; un plan de edición y distribución de dichos soportes; y memoria descriptiva del proceso metodológico realizado con el proyecto).

El informe preceptivo será elaborado en el plazo de 30 días hábiles por el personal auditor de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa que llevará a cabo las labores de auditoría del proyecto de CS con el fin de contrastar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Anexo I del Decreto.

El informe preceptivo de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, será emitido en el plazo de 5 días hábiles a contar desde la fecha del informe de auditoría, y expresará como mínimo el sentido favorable o desfavorable a la aprobación del proyecto de CS, el nivel de calidad concreto que haya conseguido el proyecto informado, y la marca distintiva de ese nivel conseguido, la cual podrá ser voluntariamente empleada en los distintos soportes divulgativos de la CS después de su aprobación final.

En el supuesto de proyectos de Cartas no susceptibles de obtener con carácter favorable el informe de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, el mencionado informe determinará las medidas correctoras que debe ejecutar la organización elaboradora del proyecto de Carta de Servicios para adecuarlo, así como el plazo máximo para ejecutar esas medidas correctoras y justificarlas ante dicha Dirección General.

Sólo una vez obtenido el informe favorable de la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa sobre un proyecto de CS terminado, la persona titular de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de la que dependa el centro directivo o centros directivos responsables de la elaboración o de la coordinación del proyecto de CS, remitirá al DOG el texto íntegro de la “versión DOG” del proyecto de CS junto con el texto de la orden de aprobación o, en su caso, del documento equivalente de aprobación final de la Carta.

#### **5.2.7. Difusión, contenido e imagen corporativa de las Cartas de Servicios.**



Independientemente del nivel de calidad que haya reconocido, toda CS de la Xunta de Galicia debe ser objeto de la más amplia difusión entre los potenciales usuarios o interesados en los servicios. Para esto, a partir de la fecha de publicación en el DOG de la orden de aprobación final de la CS, los centros directivos responsables de la elaboración de cada Carta deberán garantizar como mínimo:

- a) Hacer públicos los contenidos de la Carta a través de tres versiones: versión impresa de solo texto para el DOG, versión en formatos divulgativos impresos y versión web.
- b) Disponibilidad de dichas versiones en sus dependencias de atención a los usuarios de los servicios y al público en general.
- c) Distribución y disponibilidad de los soportes de la versión folleto impreso de la Carta en las unidades o servicios administrativos de información y atención al ciudadano de la Xunta de Galicia.

A excepción de la versión impresa del DOG, las restantes versiones y formatos de soportes divulgativos de todas las CS seguirán unos criterios mínimos de identidad, diseño y estructura gráfica corporativa normalizada que se determinan en un manual de identidad gráfica del Programa de CS de la Xunta de Galicia, aprobado por una Orden de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xustiza, del 11 de julio de 2008, por la que se aprueba una guía descriptiva de elaboración de CS en la Xunta de Galicia y el Manual de identidad gráfica del Programa de CS de la Xunta de Galicia (DOG nº 140, del 21 de julio).

#### **5.2.8. Gestión y actualización de las CS.**

Después de ser elaborada y aprobada, la gestión y actualización de la CS será responsabilidad de los titulares de los niveles organizativos que directamente prestan los servicios objeto de la CS, así como los titulares de los centros directivos de los que estos últimos dependan.

Conforme se prevé en el artículo 12º del Decreto, las CS deberán ser actualizadas cada vez que existan circunstancias que hagan necesario modificar las condiciones o contenidos de las mismas, bien por cambios significativos en la organización o en la definición de los procesos internos que sustentan los servicios objeto de las Cartas, bien por variación en las expectativas de los usuarios, bien por superación de los compromisos establecidos o por otras circunstancias que aconsejen su revisión y modificación.

Para el caso concreto de CS Auditadas y Consolidadas, el artículo 12º.2 del Decreto dispone el deber de realizar una revisión de la Carta por lo menos cada tres años a partir de su aprobación inicial.

En todos los casos en los que sea necesario actualizar o modificar las condiciones o contenidos de una CS vigente, el procedimiento de aprobación de dicha actualización o modificación de la Carta deberá realizarse siguiendo el mismo procedimiento definido en el artículo 10º del Decreto.

En los supuestos en que por razones sustanciales sobrevenidas no sea posible la actualización o modificaciones de las CS para posibilitar la continuidad de la vigencia de sus contenidos, procederá formalizar la derogación de dichas Cartas, conforme al procedimiento previsto en el artículo 13º del Decreto.

#### **5.2.9. Seguimiento interno de las Cartas de Servicios.**

Todo órgano, centro o unidad dependiente de la Xunta de Galicia que elabore un proyecto de *Carta de Servicios Auditada* o de *Carta de Servicios Consolidada* deberá disponer de un mínimo sistema de información para el seguimiento y control interno de resultados cuantificables y contrastables de la implantación de la Carta de Servicios tras su aprobación y entrada en vigor, y a través del cual pueda obtener, por lo menos, resultados del grado de cumplimiento de los compromisos asumidos en las Cartas o de la

evolución de la calidad de la prestación de los servicios o, de ser el caso, de la ejecución de los planes de avance asociados a las Cartas de Servicios.

Habida cuenta esos resultados, los órganos responsables de la elaboración de una *Carta de Servicios Auditada* o de una *Carta de Servicios Consolidada* deberán elaborar informes de seguimiento que, como mínimo, tendrán un carácter anual tras la aprobación final de la Carta, y de los que se remitirán una copia a la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

#### **5.2.10. Posible certificación de las Cartas de Servicios.**

Los diferentes centros directivos u órganos de la Administración Autonómica Gallega que cuenten con CS aprobadas y vigentes, podrán someter a estas últimas a un proceso voluntario de certificación por una entidad certificadora externa e independiente de la Xunta de Galicia.

Conforme a lo regulado en el artículo 17º.2 del Decreto, las entidades públicas o privadas a través de las cuales se pretenda acometer ese proceso de certificación externa, deberán ser entidades independientes de la Xunta de Galicia, de reconocido prestigio nacional o internacional, que cumplan con los requisitos de la norma EN 45011 “Requisitos generales para entidades que realizan la certificación de productos” o de la norma UNE que en cada momento se encuentre en vigor a ese respecto, y cuyo procedimiento y capacidad de certificación sean validados por la Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

Jaime Bouzada Romero

Director Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa

# **9. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.**

## **TEMA 9**

### **LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

#### **1. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA**

Es a partir de los años ochenta, a raíz de conocidos casos como el de la red ECHELON, 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.

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.

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 fundamental a la protección de los datos personales se deriva directamente de la Constitución Española, más concretamente del art. 18 de esta norma fundamental. La intimidad puede definirse como toda manifestación de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a la voluntad de su titular. A través de este derecho a la intimidad se atribuye a los ciudadanos un poder de disposición sobre sus datos, de modo que, tomando como referente su consentimiento, puedan disponer de los mismos y limitar su uso.

En este orden de ideas, es preciso subrayar que el régimen de protección de datos de carácter personal de la LOPD sólo 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.

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 de 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.

Así, en primer lugar, la calidad de los datos alude a la obligación de que los datos sólo pueden ser recogidos para el cumplimiento de una finalidad determinada, explícita y legítima.

En segundo término, supone que sólo pueden ser objeto de tratamiento los datos que resulten «adecuados, pertinentes y no excesivos» en relación con la finalidad con la que se realiza su tratamiento.

Asimismo, los datos no pueden ser objeto de una utilización abusiva, entendiendo por tal aquella que resulte incompatible con la finalidad para la que fueron recogidos los datos. En efecto, los datos no pueden ser tratados para fines distintos a los que motivaron su recogida pues esto supondría un nuevo uso que requiere el consentimiento del interesado.

En cuarto lugar, la calidad de los datos obliga al responsable a garantizar que los datos de carácter personal sean exactos y estén puestos al día, de forma que respondan verazmente a la situación actual del afectado. Además, los datos deben cancelarse cuando dejen de ser necesarios para la finalidad elegida, salvo que una disposición legal obligue a conservar las informaciones.

El principio de calidad exige, asimismo, que los datos sean tratados de forma leal y lícita, lo cual impide -por ejemplo- que en su recogida se utilicen métodos desleales o fraudulentos.

Por otra parte, debe reseñarse que el tratamiento de datos con fines estadísticos, históricos o científicos no se considera incompatible con aquella finalidad para la que hayan sido recogidos expresamente (art. 9 RPDGP).

*B) El principio de información*

Los interesados tienen derecho a ser informados del tratamiento de sus datos personales, según sanciona el art. 5 LOPD. En efecto, cuando se va a proceder a la recogida de datos de una persona, es preciso informarle con carácter previo de que los mismos van a ser objeto de tratamiento. Si la información se recaba empleando un formulario, debe mencionarse el tratamiento de los datos en el propio documento. Si, por el contrario, los datos se recogen de manera oral, en presencia del interesado, es suficiente que exista un cartel claramente visible en el que se le informe del tratamiento.

En caso de utilización de comunicaciones telefónicas, será preciso informar del tratamiento antes de solicitar ningún dato al interesado, generalmente mediante la inclusión de un mensaje pregrabado.

La información no sólo debe ser previa, sino que además debe tener el contenido mínimo que exige el art. 5 LOPD, particularmente: a) la existencia y finalidad del tratamiento; b) la identidad del responsable; c) los destinatarios de la información; y d) los derechos que reconoce la Ley.

Sin embargo, la propia LOPD contempla una serie de supuestos en los que se relaja ese deber de informar acerca del tratamiento de los datos. En concreto, así acontece cuando la información afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales (art. 24.1 LOPD).

Pero además, tampoco será preciso informar al interesado cuando el afectado ya hubiera sido informado con anterioridad, cuando la ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos o, en fin, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados a criterio de la AEPD (u organismo autonómico equivalente), atendiendo al número de interesados, a la

antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias (cfr. art. 5.4 y 5 LOPD).

Ya en concreto, el RPDCP presta especial atención al procedimiento para obtener de la AEPD la exención del deber de informar al interesado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados. El procedimiento deberá iniciarse siempre a petición del responsable que pretenda obtener la aplicación de la exención y en la solicitud el responsable deberá identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la exención del deber de informar; motivar expresamente las causas en que fundamenta la imposibilidad o el carácter desproporcionado del esfuerzo que implicaría el cumplimiento del deber de informar; exponer detalladamente las medidas compensatorias que propone realizar en caso de exoneración del cumplimiento del deber de informar; así como aportar una cláusula informativa que, mediante su difusión, en los términos que se indiquen en la solicitud, permita compensar la exención del deber de informar (art. 153 RPDCP).

Si la AEPD considerase insuficientes las medidas compensatorias propuestas, podrá acordar la adopción de medidas complementarias o sustitutivas, dando traslado del acuerdo al solicitante, para que exponga lo que considere oportuno en el plazo de quince días (art. 154 RPDCP).

Concluidos los trámites del procedimiento, el Director de la Agencia deberá dictar y notificar al responsable del fichero, en un plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en la AEPD de la solicitud, resolución, concediendo o denegando la exención del deber de informar. De haber transcurrido el plazo sin haber recaído y/o notificado la resolución expresa, se podrá considerar estimada la solicitud por silencio administrativo positivo (arts. 155 y 156 RPDCP).

### *C) El principio de consentimiento*

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. 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.

El consentimiento del interesado puede ser meramente tácito por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 14 RPDCP, el responsable del tratamiento podrá limitarse a informar al interesado del tratamiento, concediéndole un plazo de treinta días para manifestar su negativa al mismo, advirtiéndole de que de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el mismo.

Al mismo tiempo, el precepto citado impone al responsable la obligación de facilitar un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de sus datos, para evitar que el consentimiento tácito pueda tener lugar como consecuencia de los impedimentos impuestos al interesado para manifestar su oposición al tratamiento.

El interesado debe también manifestar su consentimiento para la cesión de sus datos a personas distintas del responsable del fichero, según dispone el art. 11 LOPD. La solicitud de consentimiento debe ir referida a un

tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para la que serán objeto de cesión (cfr. art. 12.2 RPDGP).

## C.2) Excepciones al principio de la obtención del consentimiento

Como se ha tenido ocasión de señalar, la LOPD regula a lo largo de su articulado diversos supuestos en los que el tratamiento de datos no exige recabar el consentimiento del interesado. Tales supuestos podrían concretarse en los siguientes:

- a) Cuando una ley autoriza el tratamiento de los datos (cfr. arts. 6.1 y 11.2 LOPD y art. 10.2.a RPDGP).

La norma que exime de la obligación de obtener el consentimiento para proceder al tratamiento de los datos de carácter personal, incluidas las cesiones, ha de tener rango de ley.

- b) Cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público (cfr. arts. 6.2 y 11.2.b LOPD y art. 10.2.b RPDGP).

El art. 10 RPDGP precisa que el tratamiento sin consentimiento del titular debe ser legítimo, si bien dicha matización no es, en rigor, necesaria toda vez que la misma ya se deriva del principio de calidad.

La exención no exime de la obligación de informar al interesado, si bien con la particularidad de que podrá informársele con posterioridad al tratamiento, dentro del plazo de tres meses que señala el art. 5.4 LOPD. Además, el art. 5.5 LOPD dispone que si los datos obtenidos de una fuente accesible al público se destinan a una finalidad de prospección comercial, bastará con informar al interesado en la primera comunicación de esta naturaleza que se le remita, indicando el origen de los datos, la identidad del responsable del tratamiento y los derechos que le asisten.

- c) Cuando los datos se refieran a una relación contractual, 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).

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).

Asimismo, pueden cederse los datos de una persona sin su consentimiento, siempre que se realice entre profesionales o instituciones dedicadas a la atención sanitaria, 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 obtenga 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.

#### *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 RPDGP y se clasifican en tres niveles: básico, medio y alto (cfr. art. 80 RPDGP).

#### *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.

## **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 una serie de derechos, 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 RPDGP)*

El derecho de acceso permite a una persona obtener 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.

El responsable del tratamiento debe facilitar el acceso a los datos mediante su visualización en pantalla, por medio de copia o mediante correo electrónico.

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.

#### *C) Derecho de rectificación (cfr. art. 16 LOPD y arts. 31 a 33 RPDGP)*

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 RPDGP)*

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 RPDGP)*

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).

*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) 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, 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.

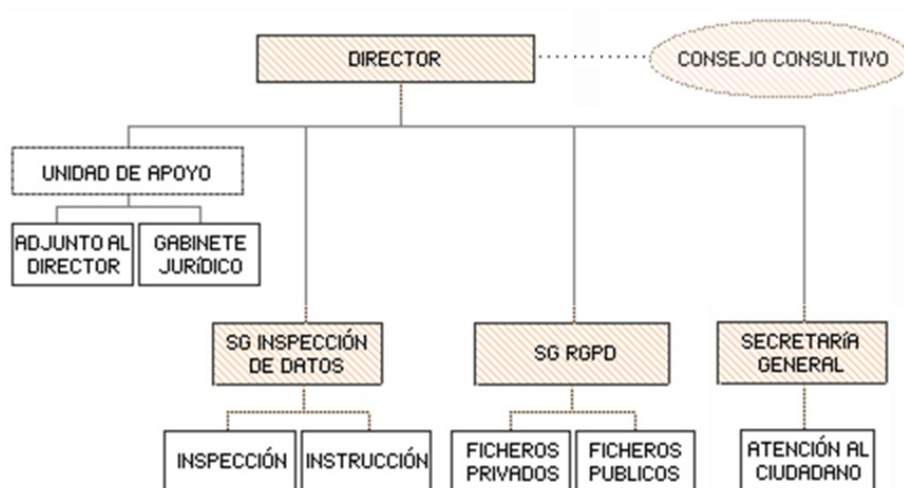
Por lo que respecta a España, la función de supervisión del cumplimiento de los mandatos establecidos en la LOPD le corresponde a la AEPD. Con todo, debe advertirse que junto a la AEPD, con competencias a nivel nacional, se han creado también las Agencias de Madrid y Cataluña, con competencias a nivel 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.

Según la mencionada normativa la AEPD se caracteriza por ser un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia. Por todo ello, la AEPD actúa con independencia de las demás Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

### 3.2. Estructura de la AEPD

Gráfico extraído de la página web de la AEPD ([www.agpd.es](http://www.agpd.es))



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 el Registro General de Protección de Datos.

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 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.

### **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.

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 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.

**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; APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, 3.<sup>a</sup> 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 de datos de carácter persoal*, Deputación de Lugo-UDC, Lugo, 2010, pp. 13-71; 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.<sup>a</sup> SOUTO GARCÍA



# **10. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y NORMATIVA DE DESARROLLO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL LA COMPETENCIA. LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA.**

## **TEMA 10**

### **LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

<b>1.- NORMATIVA APLICABLE.....</b>	<b>1</b>
<b>2.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.....</b>	<b>2</b>
2.1.- <i>Los órganos administrativos, en especial, la competencia.....</i>	<i>2</i>
2.1.1.- Creación de órganos administrativos.....	2
2.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos....	3
2.1.3.- Las relaciones interorgánicas.....	4
2.2.- <i>Los órganos administrativos colegiados en la legislación básica estatal....</i>	<i>9</i>
2.2.1.- El régimen jurídico de los órganos colegiados.....	9
2.2.2.- Los miembros de los órganos colegiados.....	10
2.2.3.- El funcionamiento.....	13
<b>3.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO: LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.....</b>	<b>15</b>
3.1.- <i>Los órganos administrativos, en especial, la competencia.....</i>	<i>15</i>
3.1.1.- Los principios estructurales de la organización administrativa.....	15
3.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos: la suplencia.....	15
3.1.3.- Las relaciones interorgánicas.....	16
3.2.- <i>Los órganos colegiados en la legislación de desarrollo.....</i>	<i>21</i>
3.2.1.- Los órganos colegiados en general.....	21
3.2.2.- Los órganos colegiados consultivos.....	27

#### **1.- NORMATIVA APLICABLE.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18º de la Constitución Española, le corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, expresión que, de acuerdo con lo dispuesto en el Fundamento Jurídico 38 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, sino también a la regulación de la organización de todas las Administraciones

públicas. Por otra parte, dado que, como se acaba de señalar, la delimitación del régimen jurídico de las Administraciones públicas sigue el esquema “bases más desarrollo”, las Comunidades Autónomas pueden dictar sus propias normas siempre que su contenido se ajuste a la normativa básica estatal.

En cumplimiento de dicho mandato constitucional, el Estado ha regulado, con carácter básico, el régimen jurídico de los órganos de la Administraciones Públicas en el Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP).

Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia (en adelante, LOFAXGA), en cuyo Título I, Capítulo I (artículos 4 a 22), desarrolla la regulación básica estatal relativa al régimen jurídico de los órganos de la Administraciones Públicas.

## **2.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.**

### **2.1.- Los órganos administrativos, en especial, la competencia.**

#### **2.1.1.- Creación de órganos administrativos.**

A cada Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 11 de la LAP, le corresponde delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.

La creación de cualquier órgano administrativo exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
- b) La delimitación de sus funciones y competencias.
- c) La dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

### **2.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos.**

#### **2.1.2.1.- La suplencia de los titulares de los órganos administrativos.**

Los titulares de los órganos administrativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la LAP, podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad por quien designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos. Este último inciso “por quien designe el órgano competente para el nombramiento” no tiene carácter básico, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1996, de 6 de abril.

Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato de quien dependa.

La suplencia no implicará alteración de la competencia.

#### **2.1.2.2.- La abstención y recusación.**

Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el artículo 28.2 de la LAP se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

Son motivos de abstención los siguientes:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.

En los casos anteriormente señalados podrá promoverse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la LAP, recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido.

Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.

### **2.1.3.- Las relaciones interorgánicas.**

#### **2.1.3.1.- Los principios que rigen las relaciones interorgánicas.**

Las relaciones interorgánicas, como reiteradamente ha señalado la doctrina, se rigen por los principios de competencia y jerarquía.

Por una parte, en relación con la competencia, el artículo 12.1 de la LAP establece que ésta es irrenunciable y que se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los

casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en una norma con rango de ley.

La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén.

Asimismo, en los párrafos 2 y 3 del artículo 12 de la LAP, se establece que la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias. Si alguna disposición atribuye una competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.

Por otra parte, en relación con la jerarquía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la LAP, los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio, que, cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, serán publicadas en el periódico oficial que corresponda.

El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir

### ***2.1.3.2.- La delegación interorgánica de competencias.***

Según lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LAP, los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes.

En cuanto al objeto de la delegación, hay que señalar que, en ningún caso, podrán ser objeto de delegación, según lo establecido en el artículo 13.2 de la LAP:

a) Las competencias relativas a los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno de la Nación, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

- b) Las competencias relativas a la adopción de disposiciones de carácter general.
- c) Las competencias relativas a la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
- d) Las competencias relativas a las materias en que así se determine por norma con rango de Ley.
- e) Las competencias que se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa de una Ley.
- f) No constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

En lo que se refiere al alcance de la delegación, el artículo 13.6 de la LAP establece que la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido.

En cuanto a los requisitos de la delegación, en los párrafos tercero, cuarto y séptimo, respectivamente, del artículo 13 de la LAP se dispone que:

- a) Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste.
- b) En las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se ha de indicar expresamente esta circunstancia y éstas se considerarán dictadas por el órgano delegante.
- c) La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adaptarse observando, en todo caso, dicho quórum.

### ***2.1.3.3.- La avocación interorgánica de competencias.***

Los órganos superiores, según lo establecido en el artículo 14.1 de la LAP, podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes.

De acuerdo con lo establecido en el citado precepto, la avocación sólo procede cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente. Además, en los supuestos de delegación de competencias en órganos no jerárquicamente dependientes, el conocimiento de un asunto únicamente podrá ser avocado por el órgano delegante.

En cuanto a la forma que ha de revestir la avocación, el artículo 14.2 de la LAP establece que ésta se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad a la resolución final que se dicte.

El acuerdo de avocación, según lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LAP, no puede ser objeto de recurso, no obstante, podrá impugnarse en el recurso que se interponga, en su caso, contra la resolución del procedimiento.

#### ***2.1.3.4.- La encomienda de gestión interorgánica.***

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos, según lo establecido en el artículo 15.1 de la LAP, podrá ser encomendada a otros órganos de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en el citado artículo 15 de la LAP no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo.

En cuanto a los requisitos formales de la encomienda de gestión hay que distinguir dos supuestos.

Por una parte, en el caso de que la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos pertenecientes a la misma Administración, el artículo 15.3 de la LAP establece que ésta deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo



expreso de los órganos intervinientes. Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia, en el Diario Oficial correspondiente.

Por otra parte, cuando la encomienda de gestión tenga lugar entre órganos de distintas Administraciones, el artículo 15.4 de la LAP dispone que se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

#### ***2.1.3.5.- La delegación de firma.***

Los titulares de los órganos administrativos, en materias de su propia competencia, podrán, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la LAP, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 13 de la LAP y, teniendo en cuenta que, en ningún caso, cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador.

La delegación de firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación.

En las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar la autoridad de procedencia.

#### ***2.1.3.6.- Las comunicaciones entre órganos.***

La comunicación entre los órganos administrativos pertenecientes a una misma Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 19 de la LAP, se efectuará siempre directamente, sin traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios y podrán efectuarse por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción.

#### ***2.1.3.7.- La coordinación interorgánica de competencias.***

El artículo 18 de la LAP establece que los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias ajustarán su actividad en sus relaciones con otros órganos de la misma o de otras Administraciones a los principios establecidos en el artículo 4.1 de la Ley, y la coordinarán con la que pudiera corresponder legítimamente a éstos, pudiendo recabar para ello la información que precisen.

Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración.

### ***2.1.3.8.- Los conflictos competenciales interorgánicos.***

El artículo 20 de la LAP, establece que los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo.

De acuerdo con dicho precepto, el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública.

Asimismo, el artículo 20.2 de la LAP establece la posibilidad de que los interesados que sean parte en el procedimiento se dirijan al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente. Además, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto.

## **2.2.- Los órganos administrativos colegiados en la legislación básica estatal.**

### **2.2.1.- El régimen jurídico de los órganos colegiados.**

El régimen jurídico de los órganos colegiados, de conformidad con lo establecido en el artículo 22, se ajustará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la LAP, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran.

Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como

aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

Por último, es importante destacar que la Disposición Adicional Primera de la LAP dispone las disposiciones del Capítulo II del Título II de la LAP no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades Locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

## **2.2.2.- Los miembros de los órganos colegiados.**

### **2.2.2.1.- El Presidente.**

De acuerdo con el artículo 23 de la LAP, en cada órgano colegiado corresponde al Presidente:

- a) Ostentar la representación del órgano.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.
- c) Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.
- e) Asegurar el cumplimiento de las leyes.
- f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
- g) Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.

En casos de vacante, ausencia, enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su

defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados previstos en el número 2 del artículo 22 en que el régimen de sustitución del Presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del Pleno del órgano colegiado.

Por último, es importante destacar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone que este precepto no tiene carácter básico, al regular aspectos de la organización y funcionamiento interno de los órganos colegiados de un modo tan detallado y exhaustivo que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

#### **2.2.2.2.- El Secretario.**

El artículo 25 de la LAP dispone que los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente.

La designación y el cese, así como la sustitución temporal del Secretario en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su defecto, por acuerdo del mismo.

Corresponde al Secretario del órgano colegiado:

- a) Asistir a las reuniones con voz pero sin voto si es un funcionario, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.
- b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.
- c) Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.
- d) Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.
- e) Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario.

Por último, es importante destacar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone que los apartados 2 y 3 de este

precepto, relativos a la designación, al cese y a las competencias, no tienen carácter básico, al contener una regulación tan detallada y exhaustiva que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

### **2.2.2.3.- Los miembros.**

En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros, según lo establecido en el artículo 24 de la LAP:

a) Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.

b) Participar en los debates de las sesiones.

c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.

No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados.

d) Formular ruegos y preguntas.

e) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.

f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

En caso de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiera.

Cuando se trate de órganos colegiados a los que se refiere el número 2 del artículo 22, las organizaciones representativas de intereses sociales podrán sustituir a sus miembros titulares por otros, acreditándolo ante la Secretaría del órgano colegiado, con respecto a las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización.

En relación con la composición de los órganos colegiados, es importante destacar, que, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Administración

General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas.

Por último, hay que señalar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone este precepto no tiene carácter básico, al contener una regulación tan detallada y exhaustiva que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

### **2.2.3.- El funcionamiento.**

#### **2.2.3.1.- La convocatoria y las sesiones.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la LAP, para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo.

Cuando se trate de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22 , el Presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesión, si están presentes los representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces.

Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.

Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos.

Por último, es necesario hacer referencia a la posibilidad de que los órganos colegiados se reúnan por medios electrónicos, conferida por la Disposición Adicional Primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En esta disposición se establece, con carácter básico, que los órganos colegiados se pueden constituir y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y 27.1 de la LAP.

### **2.2.3.2.- Las actas.**

El artículo 27 de la LAP establece que de cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma.

Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado.

Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión, pudiendo no obstante emitir el Secretario certificación sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta.

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

Por último, hay que señalar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, dispone este precepto no tiene carácter básico, al contener una regulación tan detallada y exhaustiva que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas desplieguen las potestades de desarrollo legislativo.

### **3.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO: LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.**

#### **3.1.- Los órganos administrativos, en especial, la competencia.**

##### **3.1.1.- Los principios estructurales de la organización administrativa.**

La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la LOFAXGA, bajo la dirección de la Xunta, y las entidades integrantes del sector público autonómico sirven con objetividad a los intereses generales y actúan con sometimiento pleno a la Constitución, al Estatuto de Autonomía, a la ley y al resto del Ordenamiento jurídico. Las potestades y competencias administrativas que tienen atribuidas por el ordenamiento jurídico la Administración general y las entidades que integran el sector público autonómico determinan su capacidad de obrar.

La organización y la actividad de la Administración general y de las entidades que integran el sector público autonómico, según lo dispuesto en el artículo 4.3 de la LOFAXGA responden al principio de división funcional y 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.

##### **3.1.2.- Cuestiones sobre el funcionamiento de los órganos administrativos: la suplencia.**

Los titulares de los órganos administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LOFAXGA, podrán ser suplidos



temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad por quienes designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos.

Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo será ejercida por quien designe el órgano administrativo inmediato superior del que dependa.

La suplencia no implicará alteración de la competencia.

### **3.1.3.- Las relaciones interorgánicas.**

#### ***3.1.3.1.- Los principios que rigen las relaciones interorgánicas.***

Las relaciones interorgánicas, como ha reiterado la doctrina y tal y como se ha señalado en el apartado segundo del presente tema, se rigen por los principios de competencia y jerarquía.

En concreto, en relación con la competencia, en los párrafos primero y segundo del artículo 5 se establece que la misma es irrenunciable, y que será ejercida, precisamente, por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo en los casos de delegación o avocación, en los términos previstos en la ley, añadiendo que la encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevean.

En los párrafos tercero y cuarto del artículo 5, se establece que la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentrados en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias.

En el caso de que las funciones correspondientes a las competencias de una consejería que no sean asignadas por ley a un concreto órgano administrativo, éstas se entenderán atribuidas a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, si existiesen varios de éstos, al superior jerárquico común, sin perjuicio de que mediante decreto se pueda designar como titular de la competencia a otro órgano de la misma consejería.

Además, hay que señalar que los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia extienden su competencia a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, salvo indicación en sentido contrario de las normas aplicables.

### ***3.1.3.2.- La delegación interorgánica de competencias.***

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la LOFAXGA, el ejercicio de las competencias cuya titularidad corresponda a órganos de la Administración autonómica podrá ser delegado en otros órganos de la propia Administración autonómica.

Cuando entre los órganos delegante y delegado no exista relación jerárquica y pertenezcan a la misma consejería, será necesaria la aprobación previa del órgano superior común. Si delegante y delegado no pertenecen a la misma consejería, se requerirá la autorización de la persona titular de la consejería a la que pertenece el órgano delegado.

En caso de que un órgano de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia delegue el ejercicio de competencias en un órgano de una entidad instrumental del sector autonómico, tal delegación deberá ser previamente aprobada, si los hubiere, por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, salvo que el delegante sea el titular de la consejería de adscripción de la entidad instrumental, caso en que bastará con la decisión de éste.

En cuanto al objeto de la delegación, hay que señalar que, en ningún caso, podrán ser objeto de delegación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.4 de la LOFAXGA:

- a) Las competencias relativas a los asuntos que deban ser sometidos a acuerdo de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo de la Xunta cuyo ejercicio se atribuya a sus comisiones delegadas.
- b) Las competencias relativas a la aprobación de reglamentos.
- c) Las competencias relativas a los asuntos que se refieran a las relaciones institucionales con la Jefatura del Estado, con la Presidencia del Gobierno del Estado, con las Cortes Generales, con las presidencias de los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas, con el Parlamento de Galicia y con las demás Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y con la Unión Europea.
- d) Las competencias relativas a la resolución de los recursos en los órganos administrativos que dicten los actos objeto del recurso.
- e) Las competencias relativas a las materias en que así se determine por una norma con rango de ley.
- f) No constituye impedimento para que se pueda delegar la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que su norma reguladora prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; sin embargo, no se podrá delegar la competencia para resolver un

asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se hubiese emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

g) Las competencias que se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa de una ley.

En lo que se refiere al alcance de la delegación, el artículo 6.9 de la LOFAXGA establece que la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la hubiese conferido.

En cuanto a los requisitos de la delegación, en los párrafos sexto, séptimo y décimo de la LOFAXGA, se establece que:

a) Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el Diario Oficial de Galicia y figurar de forma permanente y accesible en la página web institucional de la consejería o del órgano delegante.

b) Los actos y resoluciones administrativas dictados por delegación harán constar esta circunstancia, con referencia al número y fecha de su publicación en el Diario Oficial de Galicia, y se considerarán dictados por el órgano delegante.

c) La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum.

### ***3.1.3.3.- La avocación interorgánica de competencias.***

Los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la LOFAXGA, podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a un órgano administrativo dependiente, cuando haya circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente.

De acuerdo con lo establecido en dicho precepto, cuando se hubiese producido delegación del ejercicio de competencias entre órganos no dependientes jerárquicamente, la avocación sólo podrá ser acordada por el órgano delegante.

En cuanto a la forma que ha de revestir la avocación, el artículo 7.3 de la LOFAXGA dispone que se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad a la resolución final que se dicte. La avocación, salvo que sea acordada por un miembro de la Xunta de Galicia, deberá ser puesta también en conocimiento del superior jerárquico del órgano avocante.

El acuerdo de avocación, según lo dispuesto en el artículo 7.4 de la LOFAXGA, no podrá ser objeto de recurso, aunque la posible ilegalidad de la avocación podrá hacerse valer, en su caso, en el recurso que se interponga contra la resolución del procedimiento.

#### ***3.1.3.4.- La encomienda de gestión interorgánica.***

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o de las entidades de derecho público dependientes de ella, según lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LOFAXGA podrá ser encomendada intrasubjetivamente a otros órganos de la misma Administración o entidad que el encomendante, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios idóneos para su desempeño.

La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, y será responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte a la concreta actividad material objeto de encomienda o aquéllos en los que ésta se integre.

La encomienda de gestión a órganos pertenecientes a la misma consejería deberá ser autorizada por la persona titular de la consejería correspondiente. Para la encomienda de gestión a órganos pertenecientes a diferente consejería o dependientes de diferente consejería será precisa la autorización del Consejo de la Xunta.

En cuanto a los requisitos formales de la encomienda de gestión, en el artículo 8 de la LOFAXGA se exige:

- a) su formalización por medio de la resolución de autorización y de los acuerdos que se firmen entre los órganos correspondientes una vez autorizada la encomienda de gestión.
- b) su publicación en el Diario Oficial de Galicia, así como de las sucesivas prórrogas que en lo sucesivo se firmen, con el contenido mínimo siguiente:
  - Actividad o actividades a que se refiera.
  - Naturaleza y alcance de la gestión encomendada.
  - Plazo de vigencia y supuestos en que proceda la finalización anticipada de la encomienda o su prórroga.
- c) su publicación en la página web institucional de los órganos intervinientes, a efectos informativos.

### ***3.1.3.5.- La delegación de firma.***

Los titulares de los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, según lo establecido en el artículo 11 de la LOFAXGA, podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos en los titulares de los órganos que dependan de ellos, dentro de los límites señalados para la delegación de competencias.

La delegación de la firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación.

En las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar la autoridad de procedencia. A estos efectos, la firma deberá ir precedida de la expresión «por delegación de firma», con indicación del cargo que autoriza y del órgano autorizado.

No cabrá delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador.

### ***3.1.3.6.- Los conflictos competenciales interorgánicos.***

En la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la LOFAXGA, los conflictos de atribuciones sólo se podrán suscitar entre órganos no relacionados jerárquicamente, y respecto de asuntos sobre los cuales no hubiese finalizado el procedimiento administrativo.

Los conflictos de atribuciones positivos o negativos entre órganos de una misma consejería serán resueltos por el superior jerárquico común en el plazo de diez días hábiles sin que quepa recurso alguno.

En los conflictos positivos, el órgano que se considere competente requerirá de inhibición a aquel que conozca del asunto, el cual suspenderá el procedimiento por un plazo de diez días hábiles. Si dentro de este plazo acepta el requerimiento, remitirá el expediente al órgano que lo hubiese formulado. En caso de considerarse competente, remitirá acto seguido las actuaciones al superior jerárquico común.

En los conflictos negativos, el órgano que se considere incompetente remitirá las actuaciones al órgano que considere competente, que decidirá en el plazo de diez días hábiles, y éste, en caso de considerarse incompetente, remitirá acto seguido el expediente con su informe al superior jerárquico común.

Los conflictos de atribuciones entre diferentes consejerías serán resueltos por acuerdo firmado conjuntamente por las propias personas titulares de

las consejerías afectadas. En caso de discrepancia, se dará traslado al Consejo de la Xunta de Galicia, que resolverá en el plazo de diez días, sin que contra su decisión quepa recurso alguno.

### **3.2.- Los órganos colegiados en la legislación de desarrollo.**

#### **3.2.1.- Los órganos colegiados en general.**

##### ***3.2.1.1.- El régimen jurídico de los órganos colegiados.***

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la LOFAXGA, los órganos colegiados se rigen por la legislación básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas, la legislación específica aplicable, las normas contenidas en esta sección y sus reglamentos de régimen interior.

Los órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquéllos compuestos por representaciones de distintas administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación o se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

Las normas contenidas en esta sección no serán de aplicación al Consejo de la Xunta ni a sus comisiones delegadas.

##### ***3.2.1.2.- La creación.***

La constitución de un órgano colegiado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la LOFAXGA, tendrá como presupuesto indispensable la determinación de los siguientes extremos en su norma de creación:

- a) Sus fines y objetivos.
- b) Su integración administrativa o dependencia jerárquica.
- c) La composición y los criterios para la designación de la persona titular de su presidencia y de los restantes miembros.

- d) Las funciones de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento y control, así como cualquier otra que se le atribuya.
- e) La dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

### ***3.2.1.3.- Los miembros de los órganos colegiados.***

#### ***3.2.1.3.1.- El Presidente.***

En cada órgano colegiado, según lo establecido en el artículo 16 de la LOFAXGA, corresponde a la presidenta o al presidente:

- a) Desempeñar la representación del órgano.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.
- c) Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
- d) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, salvo que se trate de los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de otras Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.
- e) Asegurar el cumplimiento de las leyes.
- f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
- g) Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de presidente del órgano.

La persona que ejerza la presidencia siempre tendrá la condición de miembro del órgano colegiado.

En casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el presidente será sustituido por el vicepresidente, si lo hubiere, y, en su falta, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, ni tampoco

a aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y otras administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, en que el régimen de sustitución del presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del pleno del órgano colegiado.

### **3.2.1.3.2.- El Secretario.**

Los órganos colegiados, según lo dispuesto en el artículo 18 de la LOFAXGA, tendrán una secretaria o un secretario, que podrá ser un miembro del propio órgano o un empleado público al servicio de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o de la entidad pública en que se integre el órgano de que se trate.

La designación y el cese, así como la sustitución temporal de la persona que ejerza la secretaría en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su falta, por acuerdo de éste.

Corresponde a la secretaria o al secretario del órgano colegiado:

- a) Asistir a las reuniones, con voz pero sin voto si no es miembro del órgano y con voz y voto si es miembro de éste.
- b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su presidencia, así como las citaciones a sus miembros.
- c) Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquier otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.
- d) Preparar el despacho de los asuntos y redactar y autorizar las actas de las sesiones.
- e) Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.
- f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de secretaria o secretario.

### **3.2.1.3.3.- Miembros.**

En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros, según el artículo 17 de la LOFAXGA:



- a) Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria que contenga el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros con la antelación referida.
- b) Participar en los debates de las sesiones.
- c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.
- d) No abstenerse en las votaciones aquellos que por su calidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas tengan la condición de miembros de órganos colegiados.
- e) Formular ruegos y preguntas.
- f) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.
- g) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente les hubiesen sido otorgadas por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

En caso de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiere.

Cuando se trate de órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de otras administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, éstas podrán sustituir a sus miembros titulares por otros, acreditándolo ante la secretaría del órgano colegiado, respetando las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización.

#### ***3.2.1.4.- El funcionamiento.***

##### ***3.2.1.4.1.- La convocatoria y las sesiones.***

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la LOFAXGA, para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del presidente y del secretario o, en su caso, de aquellos que los sustituyan, y de la mitad, al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el artículo 19.2.

Cuando se trate de los órganos colegiados en que participen entidades representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de otras Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, el presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesiones, si estuviesen presentes los representantes de las administraciones públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los cuales se les hubiese atribuido la condición de portavoces.

Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Los acuerdos serán adoptados por mayoría simple de votos, salvo que sus normas específicas prevean otras mayorías.

Quien acredite la titularidad de un interés legítimo podrá dirigirse al secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos.

Por último, hay que señalar que, de acuerdo con el artículo 21 de la LOFAXGA, 1. Los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, respetando los trámites esenciales establecidos en los artículos 26º y 27º.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en la Ley 4/2006, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, y en la LOFAXGA.

La convocatoria podrá efectuarse por medio del correo electrónico siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) El sistema de notificación electrónica permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado de la convocatoria notificada, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales; en todo caso, se presumirá que la notificación se ha producido por el transcurso de 24 horas, excluyendo sábados, domingos y festivos, desde la puesta a disposición del interesado de la convocatoria notificada, salvo que, de oficio o a instancia del destinatario, se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

b) Todos los miembros del órgano colegiado que tengan la condición de cargo público o empleado público de la Administración de la que forme parte dicho órgano serán notificados en su dirección electrónica institucional correspondiente. El resto de los miembros de los órganos colegiados serán notificados electrónicamente en la dirección de correo electrónico que señalen a ese efecto.

Los miembros de un órgano colegiado podrán ser válidamente convocados para que la sesión se celebre en varios lugares simultáneamente siempre que los medios técnicos permitan el normal desarrollo de la sesión y el respeto de los derechos de los miembros. Una vez constituido el órgano, la persona que ejerza su presidencia designará, para cada uno de los lugares en donde no se encuentre físicamente el secretario, a uno de los miembros asistentes para que lo auxilie en sus funciones.

Adicionalmente a lo dispuesto en el artículo 20.5 de la LOFAXGA, las actas de las sesiones de los órganos colegiados podrán ser aprobadas por vía telemática, después de que les sean remitidas a sus miembros a su dirección electrónica.

#### **3.2.1.4.2.- Las actas.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la LOFAXGA, de cada sesión que celebre el órgano colegiado el secretario levantará el acta, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Así mismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que se refiera a alguno de los puntos del orden del día y aporte en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose constar así en el acta o uniéndose copia a ésta.

Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas contado desde el momento en que el presidente dé por finalizada la sesión, que se incorporará al texto aprobado.

Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión; no obstante, el secretario podrá emitir certificación sobre los acuerdos específicos que se hubiesen adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta.

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

### **3.2.2.- Los órganos colegiados consultivos.**

Según lo dispuesto en el artículo 22 de la LOFAXGA, los órganos colegiados de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia cuyas funciones sean exclusiva o principalmente emitir informes o propuestas, asesorar o resolver consultas se denominarán consejos.

Asimismo, en el párrafo segundo de dicho precepto, se establece que, con carácter departamental o interdepartamental se podrán crear consejos asesores.

La composición y las funciones de estos consejos se determinarán en las normas de creación respectivas y sus informes no tendrán carácter vinculante, salvo disposición legal en sentido contrario.

### **BIBLIOGRAFÍA**

GALLEGO ANABITARTE, *Concepto y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000; CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; SANTAMARÍA PASTOR, La teoría del órgano en el Derecho administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 40-41, 1984.

Diana Santiago Iglesias

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

# **11. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

## **TEMA 11.**

### **EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

#### **I. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES**

##### **A) Concepto.**

Siguiendo a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, podemos definir el acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

De la definición transcrita podemos señalar los siguientes caracteres del acto administrativo:

1º Acto jurídico, que consiste en una declaración intelectual que excluye las actividades puramente materiales de la administración.

2º De una Administración. Pública, lo que permite excluir del concepto:

- a) Los actos jurídicos del administrado.
- b) Los dictados por órganos del Estado que no constituyen administración pública (ej.: órganos judiciales ).

3º Unilateralmente, lo que permite excluir del concepto los contratos y convenios administrativos.

4º En ejercicio de una potestad administrativa, lo que permite excluir los actos políticos o de Gobierno, realizados por éste en cuanto tal, y no como órgano administrativo.

5º La potestad ha de ser distinta de la reglamentaria. Ello permite distinguir los verdaderos actos administrativos de las disposiciones administrativas de carácter general, dictadas por la Administración, y así mientras estas últimas innovan el ordenamiento jurídico y con el paso del tiempo se consolidan, los primeros lo aplican agotándose en su aplicación.

## **B) Clases.**

La teoría de los actos de la Administración es una aplicación al campo del Derecho Administrativo de la teoría general de los actos jurídicos, que adquiere, sin embargo, matices particulares en esta materia por las siguientes razones:

- Por ser uno de los sujetos necesariamente la Administración Pública.
- Por la tradicional falta de unidad en el régimen jurídico de los actos realizados por la Administración.
- Por las diversas vías de enjuiciamiento a que se someten los diversos tipos de actos de la Administración (jurisdicción civil o contencioso-administrativa).

Excluyendo los denominados actos materiales o de mera ejecución, podemos distinguir tres tipos de actos de la Administración:

a) Actos privados. Son aquellos actos jurídicos que la Administración realiza como un particular más, sin estar investida de las prerrogativas que le son propias. La fiscalización de estos actos se lleva a cabo por la jurisdicción civil.

b) Actos públicos con efectos jurídico-privados. Dentro de ellos, distingue Garrido Falla los siguientes:

1. Los que producen efectos sobre el estado civil de las personas o sobre derechos civiles en general (administración pública de Derecho privado) y que se fiscalizan, con carácter general, por la jurisdicción civil.

2. Los que son consecuencia de la actividad limitativa de los derechos de los particulares, y que constituyen o condicionan relaciones jurídicas entre particulares. Dentro de los ellos, hay que diferenciar la relación entre la Administración y el particular (sometida a la jurisdicción contenciosa) y la relación entre el particular y un tercero como consecuencia de la limitación (sometida a la jurisdicción civil). (ej.: fijación de la renta máxima en el alquiler de viviendas de protección oficial.)

c) Actos públicos. Reciben el nombre de actos administrativos y dentro de esta categoría hay una múltiples clasificaciones, pasando a exponer las más significativas.

1ª.- Distingue entre acto administrativo expreso, tácito y presunto.

1. **Acto expreso**: En este acto la declaración de voluntad, juicio, deseo, etc., tiene lugar por medio de la palabra oral o escrita. Existe, pues, una clara e inequívoca exteriorización de la voluntad administrativa.

2. **Acto tácito**: En este caso la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo no se produce a través de un acto expreso, sino a través de una conducta administrativa positiva, de la que se deduce la voluntad del órgano que la realiza.

3. **Acto presunto**: En este caso, no existe una declaración ni una conducta que permita interpretar la voluntad administrativa, pero la ley,



por ciertas circunstancias externas fácilmente comprobables, presume, en tal caso, la existencia de determinada voluntad administrativa.

Los actos tácitos y los actos presuntos se asemejan en la ausencia de un pronunciamiento expreso, claro, inequívoco y directo de la voluntad administrativa. La diferencia entre ellos radica en que, mientras los actos tácitos, se presumen racionalmente de la propia conducta de la Administración (no hay acto expreso de voluntad, pero si una “conducta expresiva” de la misma; por el contrario, en el acto presunto, el acto administrativo se presume, pero no deduciéndolo racionalmente de la conducta (falta de actuación) de la admón., sino por señalarlo así la ley, como correlato del deber de la admón. de resolver expresamente, y para defensa de los intereses de los particulares.

2ª.- Distingue entre **actos reglados y actos discrecionales**, clasificación practicada en función del tipo de potestad que haya usado la Administración para dictar el acto en cuestión.

3ª.- Distingue entre **actos favorables y de gravamen**, según si amplían o restringen la esfera jurídica de los administrados. Un ejemplo típico de los primeros es la autorización, mientras que un acto típico de gravamen es la sanción administrativa. Esta diferenciación no solo es conceptual pues existen importantes diferencias en el régimen jurídico de cada uno de estos actos. Así, entre otras diferencias, podemos destacar que los actos de gravamen deben ser motivados conforme al artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y son libremente revocables según lo establecido en el artículo 105.1 LRJPAC.

4ª.- Distingue entre **actos singulares y actos generales**, según que el destinatario sea una persona determinada o sea una pluralidad

indeterminada de sujetos. La distinción es importante sobre todo a los efectos de notificación o publicación según los artículos 59 y siguientes de la LRJPAC.

5ª.- Distingue entre **actos colegiados o monocráticos**, según sean dictados por órganos administrativos de uno u otro signo. La importancia de esta clasificación radica en la aplicación del régimen jurídico establecido en los artículos 22 y siguientes de la LRJPAC para la producción de los actos administrativos de los órganos colegiados.

## **II.- ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA.**

### **1) Sujeto:**

El sujeto del que emana la declaración en que consiste el acto administrativo, es siempre una Administración pública. De acuerdo con el **artículo 2 LRJPAC**:

“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.

2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”

Aspecto fundamental del elemento subjetivo de los actos es la competencia, que se define como la medida de la potestad atribuida a cada órgano. De acuerdo con el artículo 53 LRJPAC los actos administrativos se producirán por el órgano competente. La competencia viene asignada por el ordenamiento jurídico a cada órgano, y como señala el artículo 12 LRJPAC es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes.

Se distinguen tres tipos de competencia:

1. La competencia territorial, o por razón del territorio.
2. La competencia material, o por razón de la materia.
3. La competencia jerárquica, o por razón del grado.

Tradicionalmente, se ha considerado, que la falta de competencia territorial o material, es un supuesto de incompetencia absoluta, que determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Así el artículo 62 LRJPAC establece que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes (...):

“b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.”

Sin embargo, la falta de competencia jerárquica, es un supuesto de incompetencia relativa, que determina tan sólo la anulabilidad de los actos administrativos dictados por el órgano incompetente. En este caso, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado de conformidad con lo establecido en el artículo 67.3 LRJPAC.

## 2) Objeto:

El objeto del acto administrativo es el contenido del mismo. Partiendo de la anterior definición de acto administrativo, el objeto de éste es la declaración de conocimiento, voluntad, juicio o deseo en que el acto consiste.

El contenido de los actos, dice el artículo 53.2 LRJPAC (...) será determinado y adecuado a los fines de aquéllos. Pero además, el contenido debe cumplir otros dos requisitos:

- a) Ser **lícito** pues el artículo 62 LRJPAC declara que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo contenido fuera constitutivo de delito. En orden a esta afirmación, la Jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, engloba no solo los delitos sino también a las faltas penales.
- b) Ser **posible**, pues el acto de contenido imposible es nulo de pleno derecho en virtud del artículo 62 LRJPAC.

## 3) Causa:

La causa constituye el porqué del acto, la razón que justifica que un acto administrativo se dicte. De esta suerte, el presupuesto de hecho del acto se incorpora como elemento del mismo.

Sin embargo, García de Enterría mantiene otra posición, pues para este autor, la causa del acto es la adecuación del mismo a los fines propios de la potestad que se ejercita, fines específicos asignados por la norma a la potestad que se crea. Así se entiende que el artículo 53.2 LRJPAC diga que

el contenido de los actos (...) será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

#### 4) Fin:

La Administración ha de someterse a la necesidad de perseguir el interés público en cada una de sus actuaciones. De ahí el gran acierto de la Constitución al determinar que los Tribunales controlan el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE). En este sentido, el artículo 63 LRJPAC, declara que son anulables los actos de la Administración, que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (artículo. 70.2 LRJCA).

Según Garrido Falla, así como el elemento causal se determina con la contestación a la pregunta “¿Por qué?”, el elemento finalístico del acto es la respuesta a la pregunta “¿para qué?”.

#### **5) La forma.**

Dentro de la teoría de los actos administrativos, el término “forma” cobra dos acepciones:

a) La forma como modo de producción de los actos administrativos, esto es, como procedimiento administrativo. Esta acepción tiene una especial relevancia desde el momento en que el procedimiento administrativo ha pasado a ser una exigencia constitucional consagrada en el artículo 105.c) CE y porque su observancia se eleva a requisito de validez de los actos administrativos en el artículo 62.e) LRJPAC, pues se sanciona con nulidad a

aquellos actos que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

b) La forma como modo de exteriorización de la voluntad administrativa, siendo su regla general el principio de libertad de forma y ello sin perjuicio del régimen establecido al efecto en el **artículo 55 LRJPAC**:

“1. Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.

2. En los casos en que los órganos administrativo ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.”

Respecto del defecto de forma, el art. **63.2 LRJPAC** establece que sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. Las irregularidades formales que no cumplan estas características ni siquiera van a comportar la posibilidad de anulación del acto. Se tratará entonces de las llamadas “irregularidades no invalidantes”.

Por otro lado, y en relación con la forma de los actos administrativos, requiere una mención especial la **motivación** que consiste en expresar en el acto administrativo las razones (de hecho y de derecho) que han movido a la Administración para dictarlo. El régimen jurídico de este elemento formal del acto administrativo se contiene en el **artículo 54 LRJPAC** que establece:

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.
- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los funcionamientos de la resolución que se adopte.”

La relevancia constitucional de este requisito formal de los actos administrativos y por tanto, la posibilidad de acceder al recurso de amparo

por vulneración del art. 24 CE, ha sido analizada por nuestro **Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 17/2009, de 26 de enero**, que establece: *“En consecuencia, la pretendida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se imputa a las resoluciones administrativas impugnadas en amparo ha de ser rechazada, sin que corresponda a este Tribunal pronunciarse sobre la suficiencia o insuficiencia de motivación de dichas resoluciones. Pues, «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales ( SSTC 36/1982 [ RTC 1982, 36] , 66/1995 [ RTC 1995, 66] o 128/1997 [ RTC 1997, 128] , entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones» ( STC 7/1998, de 13 de febrero [ RTC 1998, 7] , F. 6, cuya doctrina recuerda la STC 236/2007, de 7 de noviembre [ RTC 2007, 236] , F. 12). No estando en el presente caso ante ninguno de estos supuestos excepcionales (actos administradores sancionadores o limitativos de derechos fundamentales), este Tribunal no puede pronunciarse, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, acerca de si la motivación de la resolución de la CNEAI por remisión al informe del Comité Asesor correspondiente satisface las exigencias de motivación establecidas por el art. 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria que no alcanza dimensión constitucional.”* Es decir, la regla general es que la motivación será un debate, a priori, de legalidad ordinaria y por tanto vedado a la jurisdicción constitucional, sin perjuicio de la existencia de casos excepcionales representados por las sanciones administrativas o los actos limitativos de derechos fundamentales.



Finalmente, en cuanto a la eficacia anulatoria que pueda tener el defecto de motivación en los actos administrativos cabe decir que la finalidad que tiene la motivación de los actos administrativos no es otra que la de exteriorizar las razones de hecho y de derecho en las que se apoya la Administración para la adopción de sus decisiones, consiguiendo con la exteriorización de las mismas que éstas sean conocidas por los interesados, y en caso de no estar conforme con ellas, defenderse de las mismas. Al respecto, la Jurisprudencia es unánime a la hora de entender que una motivación es válida cuando es suficiente para cumplir la función antes señalada, no exigiéndose por tanto que la misma deba ser extensa, ya que una motivación escueta pero suficiente será considerada como válida.

En todo caso, la motivación es un elemento formal de los actos administrativos, y los defectos de forma, conforme al art. 63.2 LRJPAC solo tienen eficacia anulatoria cuando hayan producido indefensión o se impida alcanzar el fin del acto. Además y como bien dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2000, solo cabe la anulación por la **absoluta falta de motivación** de la resolución, en este caso, sancionadora.

### **III. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

La comunicación es el medio de llevar a conocimiento de los administrados el contenido de los actos administrativos. La LRJPAC distingue dos formas de comunicar los actos:

a) La notificación: se utiliza cuando el acto se dirige a una persona o a un conjunto de personas determinadas.

b) La publicación: cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas.

A) Empezando con la **notificación** de los actos administrativos, conviene tener en cuenta el régimen jurídico establecido en la LRJPAC.

### **Artículo 58. Notificación**

“1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.”

En relación a este último apartado, debe tenerse en cuenta la **doctrina legal** fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003, en cuyo fallo establece: *«Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.*

*En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente».*

### **Artículo 59. Práctica de la notificación**

“1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por

cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

3. Este apartado ha sido derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

4. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.”

Este régimen debe completarse con la **doctrina legal** fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 28 octubre 2004, en cuanto que la expresión «*en una hora distinta*», determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación.

B) Por otro lado, el régimen jurídico de la **publicación** se contiene en los artículos. 59.6 y 60 de la LRJPAC.

#### **Art. 59.6.**

“La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos:

- a) Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada.
- b) Cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.”

#### **Artículo 60. Publicación**

“1. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

2. La publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el punto 2 del artículo 58 exige respecto de las notificaciones. Será también aplicable a la publicación lo establecido en el punto 3 del mismo artículo.

En los supuestos de publicaciones de actos que contengan elementos comunes, podrán publicarse de forma conjunta los aspectos coincidentes, especificándose solamente los aspectos individuales de cada acto.”

C) Finalmente este régimen jurídico se completa con lo establecido en el artículo 61 LRJPAC sobre indicación de notificaciones y publicaciones.

### **Artículo 61. Indicación de notificaciones y publicaciones**

“Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario Oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento.”

D) Especial referencia a las **notificaciones administrativas por correo.**

Este apartado obedece al dato cierto de que la notificación por correo certificado es el medio más habitual usado por las administraciones públicas para comunicar sus actos a los administrados. Y ello impone que, junto con las reglas generales contenidas en la LRJPAC ya citadas, deban conocerse las reglas particulares contenidas en el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en concreto, las normas contenidas en los artículos 39 y siguientes, referidos expresamente a la admisión y entrega de notificaciones de Órganos Administrativos.

El régimen jurídico establecido en los artículos citados es el siguiente:

### **Artículo 39. Carácter fehaciente de la notificación**

La entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción, sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado, cuyos efectos se regirán por las normas de derecho privado.

### **Artículo 40. Admisión de notificaciones de órganos administrativos y judiciales**

La admisión de notificaciones por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal requiere que en el envío conste la palabra «Notificación», y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución) y la indicación «Expediente núm...» o cualquier otra expresión que identifique el acto a notificar. Estos envíos se acompañarán del documento justificativo de su admisión.

### **Artículo 41. Disposiciones generales sobre la entrega de notificaciones**

1. Los requisitos de la entrega de notificaciones, en cuanto a plazo y forma, deberán adaptarse a las exigencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de aquélla sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

2. Cuando se practique la notificación en el domicilio del interesado y no se halle presente éste en el momento de entregarse dicha notificación,

podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

3. Deberá constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación en los términos previstos en el párrafo anterior, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, aviso de recibo que acompañe dicha notificación, aviso en el que el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación.

#### **Artículo 42. Supuestos de notificaciones con dos intentos de entrega**

1. Si intentada la notificación en el domicilio del interesado, nadie pudiera hacerse cargo de la misma, se hará constar este extremo en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

2. Si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa consignada en el párrafo anterior o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo siguiente, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento.

3. Una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones, durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la



dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso tendrá carácter ordinario.

4. Si estando en el domicilio la persona que pueda recibir la notificación, se niega a aceptarla y a manifestar por escrito dicha circunstancia con su firma, identificación y fecha en la documentación del empleado del operador postal, se entenderá que no quiere hacerse cargo de la misma, haciéndose constar este extremo en la expresada documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

5. Si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa consignada en el párrafo anterior o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo siguiente, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento. A partir de este momento, dicha notificación tendrá el mismo tratamiento que las que hubieren sido rehusadas o rechazadas.

6. En todos los supuestos previstos en los párrafos anteriores, el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación y en el aviso de llegada si el mismo procede.

### **Artículo 43. Supuestos de notificaciones con un intento de entrega**

No procederá un segundo intento de entrega en los supuestos siguientes:

a) Que la notificación sea rehusada o rechazada por el interesado o su representante, debiendo hacer constar esta circunstancia por escrito con

su firma, identificación y fecha, en la documentación del empleado del operador postal.

- b) Que la notificación tenga una dirección incorrecta.
- c) Que el destinatario de la notificación sea desconocido.
- d) Que el destinatario de la notificación haya fallecido.
- e) Cualquier causa de análoga naturaleza a las expresadas, que haga objetivamente improcedente el segundo intento de entrega.

En los supuestos previstos anteriormente, el empleado del operador postal hará constar en la documentación correspondiente la causa de la no entrega, fecha y hora de la misma, circunstancias que se habrán de indicar en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación, aviso en el que dicho empleado del operador postal hará constar su firma y número de identificación.

#### **Artículo 44. Entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos**

1. En el supuesto de entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos, se observarán las normas establecidas para la admisión y entrega de notificaciones en los artículos precedentes, con las peculiaridades establecidas en el presente artículo.

2. La entrega de notificaciones a las personas jurídicas se realizará al representante de éstas, o bien, a un empleado de la misma, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa.

3. La entrega de notificaciones a organismos públicos se realizará a un empleado de los mismos, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que

acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello del organismo público.

Asimismo, podrán entregarse en el Registro general del organismo público de que se trate, bastando, en este caso, la estampación del correspondiente sello de entrada en los documentos citados en el párrafo anterior.

Sobre este régimen jurídico cabe precisar que está anulado todo aquello que se refiera a la admisión y entrega de notificaciones de órganos judiciales por fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 8 junio 2004, pero queda intacto en cuanto a todo lo referido a los órganos administrativos.

Finalmente cabe hacer una pequeña precisión en cuanto al polémico tema de quién puede o no puede recibir la notificación a través de este sistema. En concreto nos referimos a los supuestos en que el receptor sea diferente al destinatario. Sobre este aspecto, la Jurisprudencia estableció una serie de criterios que posteriormente se plasmaron en el RD 1829/1999 ya citado. Dentro de esos criterios se admitió con carácter general la notificación hecha en persona mayor de 14 años y en los porteros y lo negó para aquellas recogidas por albañiles, electricistas...

En la actualidad, cabe decir que la respuesta se contiene en el artículo 41.2 ya citado, el cual cita a cualquier persona que se encuentre en el domicilio del receptor, pero ello debe completarse con lo establecido en el artículo 32.1.2 del mismo texto normativo y que se concreta en las personas mayores de edad presentes en el domicilio que sean familiares suyos o mantengan con el destinatario una relación de dependencia o convivencia, lo que nos permite concluir que no se admiten aquellas recogidas por los menores de 18 años y si las recogidas por el portero siempre que se cumpla con lo establecido por el artículo 38, párrafo séptimo y octavo, es decir, que medie autorización expresa del interesado.

### E) Las **comunicaciones y notificaciones electrónicas**.

Esta materia se regula en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En concreto los artículos 27 y 28 de la mencionada Ley establecen el régimen jurídico de las comunicaciones y de las notificaciones electrónicas, pues evidentemente las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos no pueden quedarse al margen de las nuevas tecnologías. Es precisamente esta finalidad de adaptación de los medios de las Administraciones Públicas a la sociedad, la que motivó la promulgación de la Ley 11/2007.

Y así, para las **comunicaciones electrónicas** rige el principio de **libertad de elección** ya que conforme al **artículo 27 Ley 11/2007**, los ciudadanos podrán elegir la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, salvo que una norma con rango de Ley establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. Esta opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido y por tanto optar por un medio no electrónico.

Y viceversa, para que las Administraciones Públicas puedan utilizar medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos, éstos deben haberlo solicitado o consentido expresamente.

Finalmente como **requisitos** para que las comunicaciones electrónicas sean válidas se requiere que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas (artículo 27.3 Ley 11/2007).

En cuanto al régimen jurídico de las **notificaciones electrónicas** que se contiene en el **artículo 28 Ley 11/2007** , cabe decir que también parte del ya citado principio de libertad de elección pues para llevar a cabo una notificación electrónica se requiere que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización.

Y en cuanto a los **requisitos**, el citado artículo 28 establece:

“2. El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.

3. Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.”

De conformidad con la Disposición Final 1ª de la citada Ley 11/2007, los preceptos transcritos tienen carácter básico y se desarrollan en el Título V del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. En concreto las comunicaciones electrónicas del citado artículo 27 se desarrollan en los artículos 32 a 34 Real Decreto 1671/2009, mientras que las notificaciones electrónicas del artículo 28 de la Ley 11/2007 se desarrolla por los artículos 35 a 40 Real Decreto 1671/2009. De estos preceptos destaca en el artículo 39 la notificación en direcciones de correo electrónico siempre que se genere automáticamente un acuse de recibo a efectos de acreditar su

recepción y que se origine en el instante en que el interesado acceda al contenido del acto notificado.

NATALIA SOLAR JIMENO

## **BIBLIOGRAFÍA**

- García de Enterría, E. y Fernández, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 13ª Edición, 2006, Navarra.
- Andrés Pérez, Mª.R.: *La notificación y publicación de los actos administrativos*, Editorial Bosch, 2006, Barcelona.

# **12. LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.**

## **TEMA 12.**

### **LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN**

#### **I. LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES.**

Por eficacia de los actos administrativos se entiende, en sentido amplio, la producción de los efectos propios de cada uno, definiendo derechos y creando obligaciones de forma unilateral. En sentido más limitado, la eficacia se suele referir al tiempo o momento a partir del cual el acto administrativo produce esos efectos. El sistema administrativo español, al igual que ocurre con los sistemas de nuestro entorno más próximo (así, Francia, Alemania e Italia), se caracteriza por que la Administración goza de la potestad de ejecutividad inmediata de sus actos y estos producen efectos jurídicos desde el primer momento. No obstante, conviene también decir que no todos los actos administrativos producen la misma eficacia jurídica. Indudablemente, existen, en relación a su eficacia, diferencias entre los actos favorables y los desfavorables o de gravamen, y también es de considerar la existencia de actos que producen efectos frente a terceros ajenos al mismo, por no ser sus destinatarios.

Al margen de estas hipótesis, que distinguen la eficacia de los actos según su contenido o su ámbito subjetivo, la regla general relativa a la eficacia del acto se contiene en el art.57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (en adelante L.30/1992) y viene caracterizada por los siguientes principios generales:

#### **1. Presunción de legalidad.** De acuerdo con el art. 57.1 L.30/1992



*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.*

Este artículo establece una presunción de validez *iuris tantum* que traslada al particular afectado por el acto la carga de probar su invalidez a través de la correspondiente impugnación.

Señala la doctrina que, para que la presunción opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la Ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que le presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo, al ordenar conductas imposibles o delictivas, o al adoptar sus decisiones con total y absoluto olvido de los procedimientos legales. Sucede así que el acto es absoluta y radicalmente nulo (nulidad de pleno derecho) y por ello no es susceptible de producir efecto alguno. Este planteamiento ha sido ratificado por la vigente L. 30/1992, cuyo artículo 111 autoriza a suspender los actos nulos de pleno derecho, excepcionando de ese modo la regla general de la eficacia inmediata. En la base de esta determinación legal está, pues, la idea de que la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna.

En la práctica, hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es, en definitiva, una cuestión de hecho, y que la propia Administración, puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea

susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (por ejemplo, la multa de tráfico impuesta por un simple particular), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material sólo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes.

**2. Principio de eficacia inmediata:** A pesar de que el art. 57.1 L.30/1992 establece como regla general la eficacia inmediata del acto, ello no está exento de excepciones. El propio artículo 57.1 se refiere al supuesto de que en el mismo acto se disponga *otra cosa*, es decir, que señale la fecha a partir de la cual va a producir efectos.

Por su parte el art. 57.2 hace referencia a los supuestos en que la eficacia del acto administrativo puede quedar demorada:

*La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*

Respecto a la demora en la eficacia *“cuando así lo exija el contenido del acto”*, parte de la premisa de la imposibilidad fáctica de la producción de efectos del acto porque éste requiere de un presupuesto material, y ajeno a él, que todavía no se ha cumplido cuando el acto se dicta. No se trata propiamente de una condición, porque no pende la eficacia de un acontecimiento futuro, sino de un puro y simple requisito de aplicabilidad atinente a algo exterior al acto mismo, y por supuesto, ajeno a la voluntad de la Administración o de los particulares. Podría decirse incluso que el acto, en si mismo, es “eficaz” pero no puede materializarse, por lo que su eficacia permanece en el plano de la pura teoría. (Ejemplo de eficacia

*demorada cuando así lo exija el contenido del acto*, como señala Enterría, sería la de la orden que un alcalde da a los comerciantes de la localidad de limpiar la nieve de las aceras, que obviamente no produce efecto alguno en tanto no se produzca el fenómeno meteorológico).

En cuanto al supuesto en que la eficacia del acto esté *supeditada a su notificación*, ocurre en aquellos casos en que es preciso algo más que el dictado del acto para que despliegue efectos: es necesario que el acto sea notificado en forma o, si así procede, publicado convenientemente, operando tal regla en garantía del ciudadano. El artículo 58.1 de la L.30/1992 dispone con carácter general que «se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos o intereses». La obligación viene enmarcada, por tanto, objetiva y subjetivamente. Desde el primer punto de vista, la obligación de notificar se refiere primariamente a las resoluciones, esto es, a los actos que ponen fin a un procedimiento, que son los que, por esta razón, afectan directa y frontalmente a los derechos e intereses de su destinatario. La Ley, sin embargo, sujeta también a esta obligación a los demás actos de los que pueda derivar, siquiera indirectamente, una afección semejante, esto es, a los actos de trámite que, por su contenido, incidan en los derechos de defensa del interesado en el procedimiento.

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación no alcanza a todos los administrados que tengan una determinada relación con la Administración, sino sólo a aquellos que tengan la condición de interesados en sentido técnico en el procedimiento, al que se refiere el artículo 31 de la Ley.

El carácter estrictamente formal de la notificación comporta una consecuencia capital: una notificación que no haya sido hecha en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada tampoco podrá producirlos en contra del interesado, ya que la

notificación demora el comienzo de la eficacia del acto. Esta regla general no admite hoy otra excepción que la contenida en el artículo 58.3 de la L.30/1992, según el cual las notificaciones que contengan el texto íntegro del acto, pero omitan alguno de los demás requisitos exigidos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o interponga cualquier recurso que proceda.

La publicación de los actos administrativos no tiene nada en común con la publicación de las disposiciones generales. Como señalan García Enterria y T.R. Fernández “es un puro sucedáneo de la notificación”, con igual trascendencia que ésta respecto del «acto administrativo que tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas» (art. 59.6 de la L.30/1992). La indeterminación previa de los destinatarios del acto y la ausencia de interesados en sentido propio son, pues, los supuestos determinantes de la procedencia de la publicación que no excusa en ningún caso el deber de la Administración de notificar el acuerdo publicado respecto de quienes «al comparecer en el procedimiento han salido del anonimato para mostrarse, en definitiva, parte interesada en el expediente». Debe advertirse, finalmente, que el riguroso sistema descrito está configurado por la Ley exclusivamente como una garantía del administrado y debe ser en consecuencia, interpretado y aplicado desde esta perspectiva. La falta de notificación (o de publicación, en su caso) en forma demora la eficacia del acto cuando éste es susceptible de producir un perjuicio a su destinatario, pero no en caso contrario. En este sentido García Enterria observa que el acto favorable no notificado o defectuosamente notificado sí produce los efectos que le son propios.

Por ello tampoco puede decirse que la notificación opere como una condición *sine quae non* de la eficacia del acto; habrá que estar al tipo de acto de que se trate y al significado institucional que el régimen de

notificación tiene, para lo que habrá de tenerse en cuenta la abundante jurisprudencia que analiza las relaciones entre notificación y eficacia del acto cuando esta es defectuosa.

Otro de los supuestos en que la ley admite la demora de la eficacia es el de la exigencia de “*aprobación superior*”. Ocurre en aquellos supuestos en los que, si bien el acto se presume válido, para que tenga lugar la producción de sus efectos se precisa la intervención de un órgano distinto al que lo emite, intervención aprobatoria que se produce *a posteriori* y que es diferente de la que se produce cuando se exige autorización -la cual afectaría a la validez del acto, pero no a su eficacia-, dado que la autorización ha de tener lugar antes del nacimiento mismo del acto. Podría decirse que, en este caso sí, la eficacia del acto queda sujeta a una condición suspensiva de aprobación, siendo ésta una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros, cuya exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto inferior.

También son excepciones a la eficacia inmediata del acto administrativo, la suspensión -que se tratará más adelante- y la retroactividad.

**Retroactividad.** De acuerdo con el art. 57.3 de la L.30/1992: *Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que la regla general es que los actos administrativos sean irretroactivos. Ciertamente existen

excepciones, pero ello es únicamente cuando se den los supuestos previstos en la Ley, y siempre que los actos sean favorables y no lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas. La eficacia retroactiva de los actos favorables está condicionada, además, a que se den los supuestos de hecho necesarios en la fecha a la que se pretenda retrotraer la eficacia del acto.

Como ya señalaba el TS en su sentencia de 21 de julio de 1989 “si bien la Ley puede establecer la retroactividad (artículo 2.3 del Código Civil) es más que dudoso que pueda hacerlo el Reglamento en base a un criterio interpretativo(...). La consagración del principio de la irretroactividad responde a la finalidad de proteger a los administrados de posibles intromisiones de la Administración en sus esferas o situaciones privativas y por eso sólo se admite la retroactividad cuando se produzcan resultados favorables para los interesados. En igual sentido el artículo 9.3 de la Constitución Española garantiza el principio respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por ello puede sostenerse el rechazo de la retroactividad «in peius» de los Reglamentos por quedar fuera de su ámbito normativo, los cuales sólo pueden lograr eficacia «ex nunc», al quedar, como materia reservada a la Ley, la retroactividad normativa”.

El legislador configura la retroactividad de los actos administrativos para supuestos establecidos con carácter excluyente que constituyan situaciones de una acusada singularidad, atribuyendo a la posibilidad de retroactividad verdadero *“carácter extraordinario, impregnado de peculiaridad, frente al obrar o proceder normal”*, como ha tenido ocasión de señalar el TS

Se ha planteado la doctrina si el reconocimiento de la eficacia retroactiva constituye o no una potestad discrecional ya que en la dicción de la norma se señala que “podrá otorgarse”, pero la respuesta ha de ser negativa ya que lo anterior supondría tanto como reconocer a la

Administración un ámbito no susceptible de control, cuando lo cierto es que lo que se otorga a la Administración con dicho precepto es una facultad cuyo ejercicio y utilización habrá de promoverse cuando concurren las circunstancias que la habiliten.

## **II. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN.**

### **A) Ejecutividad del acto administrativo.**

Dentro del estudio de la teoría de los actos administrativos hay que poner de manifiesto dos importantes privilegios de la Administración que hacen diferenciar su posición jurídica de la del resto de los sujetos de Derecho y que determinan su configuración como una persona jurídica superior. A veces se engloban estos dos privilegios en el concepto amplio de “ejecutividad”.

Sin embargo, la mayoría de los autores distinguen entre “ejecutividad” y “ejecutoriedad” del acto, y todavía un muy buen número de ellos distinguen otro privilegio más: el de la ejecución forzosa.

1. El privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, exime a la Administración, a diferencia de lo que sucede con los administrados, de acudir a los Tribunales de Justicia para obtener el reconocimiento de sus derechos o de sus pretensiones, pudiendo declararlos por sí misma (autotutela declarativa). La ejecutividad consiste en la cualidad de los actos administrativos en general, sean de gravamen o no, de crear, modificar o extinguir derechos, o de imponer deberes y obligaciones por sí mismos, es decir, sin necesidad de que otro órgano, o un Juez o Tribunal, previa o posteriormente, tenga que homologar o controlar la validez de lo declarado.

Este privilegio se expresa en el art. 56 de la L.30/1992, según el cual *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.”*

2. El privilegio de ejecutoriedad o ejecutividad inmediata de los actos administrativos, responde por su parte a una idea distinta, a pesar de su proximidad semántica con la ejecutividad.

La ejecutividad conlleva, como cualidad ínsita el hecho de que en último término el acto podrá ser ejecutado coactivamente (si es susceptible de ello por su propia naturaleza) pero sin prejuzgar a qué autoridad compete hacerlo. Así, sería perfectamente concebible que ese poder de ejecución verdaderamente exorbitante, residiera exclusivamente en los órganos judiciales, quienes se encargarían así de materializar, usando legítimamente la fuerza, los títulos ejecutivos creados por la Administración.

Pero el privilegio de la ejecutoriedad, más que referido a los actos se conecta en el Derecho Administrativo con el sujeto que los produce y consiste precisamente en que la Administración puede por sí misma, sin necesidad de obtener autorización o auxilio de los órganos judiciales, ejecutar coactivamente sus actos cuando el obligado no cumple voluntariamente lo ordenado; es decir, la Administración ostenta en virtud de este “privilegio” la facultad de asegurar por sí misma el cumplimiento de la obligación que ella misma creó unilateralmente en virtud del llamado privilegio de la decisión ejecutoria. Como se ve, la ejecutoriedad es un poder añadido al de la ejecutividad y no se confunde con él.

Lo recoge el art. 94 de la L.30/1992: *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y*



*en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”*

3. El privilegio de la ejecución forzosa o acción de oficio, que exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para imponer la realización forzosa en caso de incumplimiento por parte de los administrados de lo dispuesto en los actos administrativos. Sobre este privilegio, que recoge el art. 95 de la L.30/1992, volveremos más adelante.

## **B) Fundamento.**

La explicación del fundamento de ese poder es, como puede suponerse, uno de los aspectos más analizados por la doctrina de todos los tiempos. Convencionalmente, podemos clasificar las innumerables explicaciones de los autores en tres grandes grupos:

A) Las justificaciones de carácter estructural, basadas en la posición preeminente de la Administración, así, la idea de poder o imperium dotado de autosuficiencia (Anhchutz, Kelsen, Ranelletti); las prerrogativas inherentes a la concepción del Derecho Administrativo como derecho de la *puissance publique* (Yellinek, Hauriou), o la presunción de que los actos de la Administración son legítimos (Treves, Borsi, Alcindor);

B) Las justificaciones basadas en el enlace de la prerrogativa con la consecución de fines de interés público; aquí las incontables posturas en torno a la idea del servicio público (Escuela de Burdeos y sus irradiaciones), las necesidades públicas, los intereses generales, el bien común, etc...

C) Los argumentos de orden puramente práctico: la conveniencia de que no se paralice la acción administrativa, la celeridad, la eficacia. Precisamente, en el principio de eficacia (art. 103 CE) engarza el Tribunal Constitucional

“la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública...” (STC 22/1984 de 17 de febrero).

### **C) Naturaleza jurídica de la ejecutividad y la ejecutoriedad.**

La naturaleza jurídica del privilegio de ejecutividad puede determinarse a través de las siguientes características del mismo:

1. Tiene carácter apriorístico. Este privilegio significa exclusivamente que la actividad administrativa no se encuentra “a priori” mediatizada por los Tribunales. Ahora bien, otra cosa muy diferente es eximirla de control “a posteriori” por los Tribunales, exención inadmisible en nuestro derecho por dos razones:

a) La formulación constitucional del principio de legalidad administrativa, principalmente en los arts. 9.1, 103 y 106 CE. Particularmente, el art. 106 dispone que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa.

b) La existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, que es una jurisdicción ordinaria, aunque especializada, plenamente encuadrada en el Poder Judicial.

2. Tiene una naturaleza eminentemente procesal, consecuencia de ello, sus efectos fundamentales son:

a) Determina una presunción de validez “iuris tantum” en los términos que señala el art. 57.1 de la L.30/1992, ya examinado. Esta presunción de validez produce una inversión de la carga de la prueba. Es al particular a quien incumbe la demostración de la invalidez del acto.

b) Establece, como regla general la inadmisibilidad de la suspensión del acto administrativo, lo que nos lleva a conectar el privilegio de la

ejecutividad con el de la ejecutoriedad o ejecutividad inmediata del acto, establecido en el art. 94 de la L.30/1992, ya examinado, salvo las excepciones previstas en el propio artículo, que en seguida se expondrán.

3. Determina un régimen interdictal específico respecto de la administración, en los términos del art. 101 de la L.30/1992, según el cual no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

4. Finalmente, la Administración, en virtud de este privilegio, no necesita un proceso declarativo para obtener un título ejecutivo.

## **B) Suspensión.**

El privilegio de la ejecutividad del acto administrativo supone, como regla general, la **inadmisibilidad de la suspensión** del acto administrativo. Como ya se señaló, el art. 94 de la L.30/1992 establece que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos. Este artículo establece como excepciones a esta ejecutividad inmediata:

- 1.** Que una disposición establezca lo contrario.
- 2.** Que necesiten autorización o aprobación superior.
- 3.** Lo dispuesto en el art. 138, según el cual, en el procedimiento sancionador sólo serán ejecutivas las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa.
- 4.** Que se acuerde la suspensión de la ejecución del acto de acuerdo con lo previsto en el art. 111, según el cual:

*1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*

*b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*

La suspensión implica, en cualquier caso, una transitoria paralización de la eficacia de un acto, ya que si la suspensión fuese indefinida, equivaldría a la extinción del acto, a su eliminación.

Como regla general, la interposición de recursos, administrativos o contencioso-administrativos, no suspende la ejecución de los actos administrativos. Se trata de evitar con la mencionada regla que la actividad de la Administración, orientada por principio a la satisfacción del interés general, pueda quedar paralizada, en perjuicio del interés público por la simple oposición de un particular. No obstante, la aplicación rígida de este principio podría hacer ilusorio el propio derecho de recurso que reconocen las Leyes a todo ciudadano, ya que en muchos casos, la estimación a posteriori del recurso no permitiría reconstruir la situación alterada por el acto recurrido. Por ello y para conseguir un cierto equilibrio entre ambos principios – garantía del interés público y derecho a una

defensa efectiva- la Ley establece una excepción a la regla general, facultando a la Administración y a los Tribunales, según los casos, para suspender la ejecución de los actos “en caso de que dicha ejecución pudiera causar daños de imposible o difícil reparación”, aunque lo cierto es que tanto la Administración como los Tribunales han venido interpretando esta excepción muy restrictivamente.

En cualquier caso, para resolver sobre la suspensión de la eficacia, la Administración debe decidir ponderando los intereses en juego -*el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido*- a cuyo fin el interesado corre con la carga de alegar y probar los hechos en que fundamente la solicitud de suspensión del acto.

La posibilidad de exigir la prestación de caución para responder de los perjuicios que para el interés público o de terceros puedan eventualmente resultar de la suspensión misma está hoy prevista en el artículo 111.4, según el cual “*Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.*”

*Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente*

Contempla la Ley que la suspensión pueda producirse automáticamente por el transcurso de 30 días desde la solicitud de suspensión sin que haya recaído resolución expresa al efecto ( art. 111.3 ), y contempla también la prolongación de la suspensión, después de agotada la vía administrativa, cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Además,

determina que si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.(art.111.4 in fine)

Por ultimo, cando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, exige la Ley que la suspensión de su eficacia se publique en el periódico oficial en que aquél se insertó. (art. 111.5)

### **III. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.**

Con el nombre de ejecución forzosa o acción de oficio se conoce en nuestro Derecho al privilegio que, como ya hemos apuntado, exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para obligar al administrado a la realización de un acto administrativo, en caso de incumplimiento de aquél.

La formulación legal de este privilegio se contiene en el art. 95 de la L.30/1992, a cuyo tenor, *“las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo:*

- 1) en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley,*  
*o*
- 2) cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.”*

Existen, pues, supuestos excluidos de la ejecución forzosa, que pueden enumerarse con arreglo al siguiente criterio clasificatorio:

- a) supuestos expresamente contemplados en el artículo 95 de la L.30/1992

- b) otros supuestos no mencionados en dicho artículo pero incluibles en él;
- c) situaciones especiales por las que atraviesan ciertos actos que son impositivos de su ejecución forzosa.

La primera excepción contemplada en el artículo 95 hace referencia a “los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley”. La fórmula alude a cualquier tipo de suspensión que las leyes puedan contemplar, lo que engloba, lógicamente, tanto la suspensión acordada en vía administrativa (art. 111 de la L.30/1992) como jurisdiccional (arts. 129 y ss. LJCA).

Hay que incluir igualmente los supuestos de suspensión automática contemplados en las leyes, como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de liquidaciones tributarias en el procedimiento económico-administrativo, cuando el recurrente afianza el pago del importe de la deuda.

La otra excepción contenida en dicho artículo tiene lugar “cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”. El precepto se refiere a la necesaria inserción, dentro del procedimiento de ejecución, de una intervención judicial llamada a posibilitar la utilización de medios coactivos por la Administración autora del acto, cuando dicha utilización es susceptible de colisionar con derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la entrada en domicilio, que habrá de ser autorizada por órgano jurisdiccional.

Lo previsto en el artículo 95, ha de completarse con las siguientes exclusiones:

- Los actos administrativos que por su propia naturaleza no son susceptibles de ejecución forzosa; así, los actos que declaran un derecho a favor del destinatario, agotando su eficacia práctica con dicha declaración.

- Que una ley excluya expresamente la posibilidad de la ejecución forzosa. Tal ocurre, por ejemplo, en el supuesto del artículo 100 de la L.30/1992, según el cual no cabe la compulsión personal respecto de las obligaciones personalísimas de hacer. Pero la hipótesis que contemplamos se refiere más propiamente a la posibilidad de que una norma impida precisamente a la Administración pública la realización forzosa de actos pertenecientes a determinado sector de actividad, quedando excepcionado para ese sector el privilegio administrativo de la ejecutoriedad, con el consiguiente traspaso de esa función a los órganos judiciales. Se trataría, pues, de actos cuya realización efectiva quedaría vedada a los órganos de la Administración pública.

- Los actos que se producen en las relaciones interadministrativas, ya que las Administraciones no pueden compelerse entre sí de manera coactiva, salvo que una superior esté ligada a la inferior por relación de dependencia (caso de las entidades instrumentales).

A las anteriores excepciones hay que sumar las contenidas en el artículo 94: *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”*

- Las resoluciones sancionadoras por cuanto éstas sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa (artículo 138.3: 3. *La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.*), solución ésta, inspirada en la doctrina de la STC 66/1984 de 6 de junio; vid. también Auto TS 12 Abril 1996; que viene a conciliar el principio de autotutela de la Administración con el de presunción de inocencia y de no indefensión (art.



24 CE) al permitir que la sanción impuesta pueda ser inmediatamente revisada y en su caso suspendida por los Tribunales de lo contencioso administrativo, ello sin perjuicio de que durante la vía administrativa la Administración pueda adoptar medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión.

- Relaciones con eficacia demorada por requerir aprobación o autorización superior (art. 57 : *La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*). Se trata de actos que aunque perfectos en sí mismos, precisan para ser eficaces de un acto complementario de órgano superior. En puridad los referidos supuestos no constituyen propiamente excepciones a la ejecución forzosa sino que hacen referencia a situaciones de los actos impeditivos de esa ejecución.

Por lo que se refiere propiamente a los “**Procedimientos**” de ejecución forzosa ha de decirse que la ley no regula un verdadero procedimiento de ejecución, sino que establece algunos requisitos que se deberán cumplir para la ejecución de los actos administrativos, estableciendo, como no podía ser de otra manera, limitaciones a tal privilegio de la Administración:

1. El primero de ellos se refiere al acto previo de cobertura que legitima la ejecución y sin el cual ésta es radicalmente nula (*nulla executio sine titulo*). Ha de tratarse de una resolución -no de un acto de trámite-finalizadora de un procedimiento, debidamente notificada al obligado (art. 93.2: *El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa*), que explice con absoluta precisión el alcance exacto de la obligación, requisito sin el cual no podría imputarse incumplimiento alguno al interesado, pues este no sabría a qué atenerse. Esta “decisión ejecutoria” no puede estar incurso en ninguna causa de

ineficacia, sea definitiva (caducidad) o temporal (suspensión). Lógicamente, no debe haber sido anulada, pues esta circunstancia dejaría carente de base el ulterior proceso de ejecución. Ahora bien, la ejecución no requiere que esa resolución o título habilitante sea firme, y ni siquiera que haya agotado la vía administrativa, salvo alguna excepción como la contenida en el ya referido artículo 138.3 de la L.30/1992.

2. En segundo lugar, es necesario que el interesado haya gozado de un plazo suficiente para la ejecución voluntaria del acto en cuestión; y que dicha obligación se halle incumplida. El artículo 95 señala como requisito el “previo apercibimiento”, cuya ausencia de regulación ha suscitado no poca controversia en la doctrina. El apercibimiento constituye la advertencia al interesado de que si no cumple lo ordenado en un plazo señalado al efecto se pondrá en marcha determinado procedimiento de ejecución. La Ley sólo exige que el obligado haya incumplido, no que sea recalcitrante en el incumplimiento, y por eso muchos autores señalan que el propio título ejecutivo podrá ya servir como apercibimiento. No obstante, la cuestión es confusa y existe jurisprudencia que deduce la obligación de dar al administrado una segunda oportunidad, requiriéndole separadamente para la ejecución del acto previamente notificado.

Cubiertos estos requisitos, el procedimiento de ejecución podrá iniciarse, bien de oficio o a instancia de tercero interesado en la ejecución del acto.

Hay que señalar que el procedimiento de ejecución puede quedar viciado por:

A) Irregularidades que afecten al título ejecutivo: ausencia de decisión previa, cesación de su validez o eficacia, falta de notificación o del apercibimiento previo); o

B) Por irregularidades producidas en la fase de ejecución misma (abuso de la fuerza), tales como la discordancia entre la decisión y la ejecución material, la inadecuación de los medios de ejecución o la falta de proporcionalidad.

Algunos de estos vicios pueden convertir la actuación administrativa en pura vía de hecho lo que facultaría al interesado para reaccionar contra esos ataques directos e ilegítimos sobre sus bienes por esta vía.

Por lo que se refiere a los **Medios de ejecución forzosa**, según el art. 96 de la L.30/1992, *la ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:*

- a) Apremio sobre el patrimonio.*
- b) Ejecución subsidiaria.*
- c) Multa coercitiva.*
- d) Compulsión sobre las personas.*

*Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.*

*Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.*

A continuación, la Ley regula, en sucesivos artículos, cada uno de estos medios:

1. Artículo 97. Apremio sobre el patrimonio:

*Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva.*

*En cualquier caso no podrá imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no estuviese establecida con arreglo a una norma de rango legal.*

El procedimiento recaudatorio tributario en vía ejecutiva se regula en los arts. 70 y ss. del Real Decreto 939/2005, de 29 julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación

## 2. Artículo 98: Ejecución subsidiaria:

*“Habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado.*

*En este caso, las Administraciones Públicas realizarán el acto, por sí o a través de las personas que determinen, a costa del obligado.*

*El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.*

*Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva.”*

Como su propio nombre indica, la ejecución subsidiaria consiste en la realización de lo ordenado en el acto administrativo previo por persona distinta del destinatario del mismo y por cuenta de éste. La ejecución subsidiaria no impone, por tanto, ninguna carga nueva al destinatario del acto, por lo cual la utilización de este medio de ejecución forzosa no requiere ninguna cobertura legal específica. Basta simplemente la previsión contenida con carácter general en el artículo 98. Por su propia naturaleza,

la ejecución subsidiaria sólo procede en los casos en que «se trate de actos que por no ser personalísimos pueden ser realizados por sujeto distinto del obligado» , es decir, en relación a obligaciones o prestaciones fungibles, tales como realización de obras, derribo de construcciones, etc...

En tales supuestos la Administración puede realizar por sí misma las obras o bien encargar su ejecución a un tercero, bien entendido que los gastos que pueda originar la ejecución, incluidos los daños y perjuicios que eventualmente puedan producirse, corren a cargo del obligado por el acto que se trata de ejecutar, a quien, incluso, puede exigírsele con carácter cautelar el previo abono de las cantidades previstas, a reserva de la correspondiente liquidación definitiva (número 4 del citado artículo 98).

La ejecución subsidiaria supone, pues, en último término, la conversión de la obligación que el acto impone en una deuda pecuniaria, susceptible de ser satisfecha por la vía de apremio (número 3 del art. 98) si el obligado sigue resistiéndose a esta nueva forma de cumplimiento. Cualquier otra resistencia del obligado, sobre quien pesa el deber de tolerar cuantas acciones sean necesarias para llevar a cabo la ejecución puede ser removida utilizando otro de los medios de ejecución forzosa que prevé la L.30/1992, la compulsión sobre las personas.

### 3. Artículo 99. Multa coercitiva:

*“Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:*

*a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.*

*b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.*

*c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.*

*La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”*

La ley prevé, en este artículo, la posibilidad de vencer la resistencia de los particulares afectados por un acto administrativo mediante la imposición de multas sucesivas. Estas multas no tienen carácter retributivo alguno, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. Las multas coercitivas no tienen, pues, nada que ver con las multas-sanción. No son sanciones propiamente dichas y, por tanto, son compatibles con ellas, de modo que no puede hacerse entrar en juego el principio *non bis in idem*. Este medio de ejecución forzosa impone sobre el destinatario del acto que se trata de ejecutar una obligación nueva y distinta de la establecida en dicho acto. Esto explica que la utilización del sistema de las multas coercitivas exija una cobertura legal específica, que el acto previo a cuyo servicio se establece no proporciona. Según observa G.Enterría, el precepto legal emplea el término «leyes» con minúscula, lo cual plantea la duda de si se está refiriendo a las leyes formales o, en general, a cualquier norma jurídica. Dado el carácter excepcional de este medio de ejecución forzosa, y el hecho de que su utilización se traduzca en la imposición de nuevas cargas para el particular afectado, habrá que inclinarse por la primera solución y a afirmar que sólo por Ley formal podrá autorizarse el empleo de este procedimiento. En cualquier caso, es de esencia al sistema la posibilidad de reiterar las multas, así como la observancia del principio de proporcionalidad. No se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento de un acto administrativo, sino sólo de remover esa resistencia, forzando la voluntad contraria al mismo. Es, pues, imprescindible ofrecer al obligado tiempo bastante para cumplir lo ordenado antes de imponer una nueva multa y es también necesario formular cada vez los apercibimientos e intimaciones precisos.

El artículo 99 de la L.30/1992 señala los supuestos en que, en principio, es posible su imposición y lo hace en unos términos muy amplios, de forma que quedan comprendidos en la enumeración todos los actos posibles, ya que alude tanto a los actos personalísimos en que no proceda o no se estime conveniente la compulsión directa, como a aquellos otros «cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona» - lo cual no parece tener demasiado sentido, ya que si la ejecución del acto puede llevarla a cabo cualquier persona, lo lógico es acudir al sistema de ejecución subsidiaria, que garantiza una ejecución más rápida incluso, y responde mejor al principio de proporcionalidad que debe presidir la elección y utilización de todos los medios de ejecución forzosa, en la medida en que no impone al obligado nuevas cargas, perfectamente innecesarias para conseguir el fin perseguido-. Como es natural, la imposición de multas coercitivas se reconduce también al apremio sobre el patrimonio, ya que, si tales multas no se pagan voluntariamente por el sujeto pasivo de las mismas, la Administración podrá proceder a su exacción por la vía de apremio.

#### 4. Artículo 100. Compulsión sobre las personas

*“Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.*

*Si, tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.”*

Es éste el último y más radical de los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley, en cuanto que se traduce pura y simplemente en el empleo de la fuerza sobre las personas, eliminando la libertad de las mismas. Dadas sus características, el empleo de la compulsión sobre las personas como medio de ejecución forzosa de un acto administrativo no procede sino cuando no basten los demás medios de ejecución para asegurar el cumplimiento del acto. Por eso, el artículo la refiere exclusivamente a las obligaciones negativas, consistentes en no hacer o soportar algo y a las obligaciones que consisten en un hacer personalísimo, ya que en todos los demás casos (obligaciones de dar o de hacer no personalísimas) el cumplimiento puede garantizarse por otros medios.

En cualquier caso se exige un fundamento legal específico («en los casos en que la Ley expresamente lo autorice») y marca unos límites estrictos dentro de los cuales ha de mantenerse necesariamente la actividad de ejecución (“dentro siempre del respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”). La compulsión directa sobre las personas tiene su campo propio, y prácticamente único, en el ámbito del orden público y en las zonas próximas al mismo. En lo que se refiere a las obligaciones personalísimas de hacer, el empleo de la compulsión directa es, en efecto, posible, pero su eficacia es, obviamente, muy limitada. La propia Ley es consciente de ella al disponer en el número 2 del artículo 100 que si la obligación personalísima consistiera en hacer y «no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa». En este caso, la imposibilidad de cumplimiento in natura obliga a convertir la prestación debida en una deuda pecuniaria (cumplimiento por equivalente), que remite en última instancia a la utilización del apremio.

CRISTINA DÍAZ CARBAJO



#### BIBLIOGRAFIA:

- GARCIA DE ENTERRIA, E.; y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: "*Curso de Derecho Administrativo*", Editorial Civitas; vol. I, 12ª edición, Madrid 2004; vol. II, 9ª edición, Madrid.2004.
- GONZALEZ PEREZ, J.. "*Comentarios a la Ley de Régimen de Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Comun* ". Civitas Ediciones (4ª ed.,) Madrid .2007
- BARCELONA LLOP, J. "*Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*" - Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander. 1995.
- SANTAMARIA PASTOR, J.A.: "*Principios de Derecho Administrativo General*";Iustel, Madrid 2004.
- PARADA VAZQUEZ, J.R.: "*Derecho Administrativo*", Vols I y II, Editorial Marcial. Pons, Madrid 2005.

**13. NULIDAD DE PLENO  
DERECHO Y ANULABILIDAD DE  
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.  
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS  
IRREGULARES. LA  
CONVALIDACIÓN,  
CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN  
DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS. LOS  
ERRORES MATERIALES O DE  
HECHO.**

## **TEMA 13-**

### **13. NULIDAD DE PLENO DERECHO Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. LA CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ERRORES MATERIALES Y DE HECHO.**

El artículo 103.1 de la Constitución Española establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y, en lo que ahora nos interesa, con una mención expresa a que lo realiza “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

El proceder irregular de la Administración, esto es, su apartamiento al sometimiento pleno a la ley y al Derecho, puede dar lugar una invalidez de la actuación administrativa que haya incurrido en dicho exceso, y dentro de ella puede haber diferentes grados. También es posible que esa irregularidad jurídica no tenga una entidad suficiente para producir un efecto anulatorio, dando lugar a la denominada irregularidad no invalidante.

En el Derecho civil la regla general es que un acto jurídico que vulnera el ordenamiento jurídico es un acto nulo de pleno derecho, si bien también hay espacio para la figura de la anulabilidad. En realidad, en este campo del Derecho, el efecto es igual en esencia, la expulsión del acto del mundo jurídico. La diferencia es quien puede instar la declaración de invalidez. Así, la anulabilidad aparece cuando el correcto improceder deriva de un vicio en el consentimiento o en la capacidad. En este caso, es aquel cuyo consentimiento se erigió en contra de lo dispuesto en el Código Civil o actuó sin capacidad, el que puede instar la invalidez del negocio, mientras que en el resto de las vulneraciones jurídicas la nulidad la puede instar cualquier interesado.

En el derecho administrativo, por su parte, y dada la operatividad de principios como el del antiformalismo, conservación o economía procedimental y procesal, las irregularidades pueden alcanzar tres niveles: nulidad de pleno derecho, anulabilidad y mera irregularidad no invalidante.

Antes de entrar en la distinción de las tres figuras aludidas es necesario recordar alguno presupuestos inherentes a la concepción esencial de los actos administrativos.

El artículo 57.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, recoge un apriorismo que es necesario destacar: *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos*

Esta presunción legal de validez supone que mientras no se declare, sea por la propia Administración o por la jurisdicción contencioso-administrativo, la irregularidad de un acto administrativo, éste opera en el mundo jurídico. Recordamos que dentro de esos efectos están el de ejecutividad de los actos administrativos, efecto en virtud del cual los actos producen efectos desde que se dictan, y el de ejecutoriedad, que implica que la Administración puede llevar a término esos efectos por sus propios medios.

Ahora bien, para impedir el despliegue de estos efectos el interesado tiene diferentes medios, como son, por supuesto los recursos administrativos y el ulterior contencioso administrativo, pero también la posibilidad de que mientras ese pronunciamiento de invalidez no llega, solicitar la adopción de medidas cautelares, como la de suspensión de los efectos de la actuación administrativa, tanto en la fase administrativa como en la judicial.

Decíamos antes que, en el campo de las irregularidades del Derecho Administrativo se suele distinguir entre la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y las irregularidades no invalidantes.

Antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, debemos añadir que hay autores que también citan otra categoría más, cuál es la de acto inexistente, si bien no es una postura pacífica. Para los que aluden a esta figura, su aparición surge cuando los vicios de un acto son de tal entidad que ni siquiera se puede percibir la existencia de un acto administrativo, puesto que no tiene la mínima apariencia de tal. Los autores que recogen esta categoría la refieren para casos en los que el acto más que inválido es que ya ni es acto. Para otros autores, si no hay acto más que acto inexistente, habría inexistencia de acto, o bien estaríamos ya ante una nulidad de pleno derecho.

Comenzando, entonces, por la categoría de la irregularidad no invalidante, esta aparece cuando un acto, si bien infringe el ordenamiento jurídico, no tienen entidad suficiente para producir su anulabilidad. Luego nos adentraremos en esta institución.

La nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta es el supuesto máximo de invalidez, por ello esta figura debe ser aplicada con prudencia, pues también son máximas sus consecuencias. Sus notas son: imprescriptibilidad del acto nulo de pleno derecho, retroacción de los efectos, e imposibilidad de convalidación o conversión. La nulidad debe ser aplicada restrictivamente por los órganos judiciales, tal y como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia del 25 de abril de 2002.

Como avanzábamos, la nulidad absoluta comporta una serie de consecuencias, como es la ineficacia inmediata del acto a todos los efectos

(erga omnes) y la imposibilidad de sanear el acto por confirmación o prescripción. El carácter erga omnes de la nulidad absoluta significa que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta contra y a favor de cualquiera. Cualquier persona puede instar la nulidad y, sin que haya petición de parte, el juez puede y ha de apreciarla por su propia iniciativa y en cualquier momento, porque la acción de nulidad absoluta no se extingue ni por caducidad ni por prescripción.

De todas formas, el hecho de que la nulidad de pleno derecho se pueda hacer valer en cualquier momento, no significa que no haya que utilizar para ello los procedimientos previstos para lograr ese fin, sea en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común sea en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De todas formas, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se pone de manifiesto en la siempre última posibilidad de que el interesado inste, en cualquier momento, la petición de revisión de oficio del artículo 102, y ante su desestimación expresa o presunta, acudir a la jurisdicción contenciosa.

En cambio, en la nulidad relativa o anulabilidad el afectado puede pedir la declaración de nulidad dentro de un plazo determinado, pasado el cual, si no hay reacción, el acto se saneará y el vicio de nulidad desaparecerá. Es decir, la falta de ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien pueda ejercitarla tienen por efecto sanear el acto viciado. El vicio es, asimismo, susceptible de convalidación por el autor del acto antes de que transcurra el plazo de impugnación, con el simple hecho de subsanar la infracción legal cometida.

Para la doctrina, la interposición de un recurso contra el acto administrativo nulo, dentro de los plazos legalmente previstos, no tiene sin embargo el mismo sentido que la impugnación de los actos administrativos anulables. La impugnación de estos últimos es una carga del particular afectado por aquellos, un comportamiento que ha de adoptar si quiere evitar la convalidación del acto anulable. En los actos nulos, en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto a comportamiento que ha de adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmediatos del acto administrativo nulo. En este caso la impugnación no tiene nada que ver con la validez del acto nulo, el cual seguirá siendo inválido por él mismo, dada la imposibilidad de convalidación de la nulidad absoluta por consentimiento o por cualquier otro medio. En otras palabras, si no se recurre el acto nulo en el plazo previsto el acto producirá sus efectos, pero no se convertirá en un acto válido y la nulidad inicial podrá ser declarada en cualquier momento posterior, por ejemplo, a través de la técnica de la revisión de los actos administrativos (artículo 102.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), como ya expresamos.

En definitiva, entre la nulidad absoluta y la relativa o anulabilidad, podemos trazar al menos las siguientes diferencias:

- 1.- La nulidad absoluta puede hacerse valer en cualquier tiempo y momento, y la relativa sólo en los tiempos preclusivos establecidos por la Ley para su impugnación o revisión.
- 2.- Los efectos de la nulidad de pleno derecho son “ex tunc”, se retrotraen al momento en que se dictó el acto, y los de la anulabilidad son “ex nunc”, desde que se declara por la autoridad administrativa o judicial.
- 3.- Los actos nulos no son convalidables, ni se subsanan por el transcurso del tiempo, posibilidades abiertas para los actos anulables.

#### Supuestos de nulidad de pleno derecho.

El artículo 62 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

Es procedente que aportemos unas notas sobre el alcance de cada una de estas determinaciones:

- 1) Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

La nulidad radical se reserva tan sólo para los actos que lesionen los derechos y libertades contenidos en los arts. 14 a 29 de la CE, y la objeción de conciencia del artículo 30.

La Ley 4/1999, do 13 de enero, suprimió en este apartado a) del párrafo primero la expresión “contenido esencial” que figuraba en relación a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

2) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

El carácter manifiesto exige que sea notorio, evidente, y aparezca de manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico alguno su comprobación por saltar a primera vista.

La regulación que se efectúa respecto a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente excluye el supuesto de la incompetencia por razón de la jerarquía, ya que en este caso siempre cabría la posibilidad de convalidación del acto administrativo. En efecto, la incompetencia jerárquica no produce la nulidad radical del acto dictado, y ello porque en estos casos es posible la convalidación del acto por el superior jerárquico del órgano que lo dictó (artículo 67.3).

Para órganos consultivos como el Consejo de Estado, la incompetencia manifiesta no es sólo la que aparece de un modo claro y patente, sino también la incompetencia grave que afecta al orden público que, por esa razón, se presenta con carácter de evidencia.

3) Los actos de contenido imposible.

La imposibilidad comprende la falta de sustrato personal, como sería, por ejemplo, el nombramiento como funcionario en favor de una persona fallecida y/o la falta de sustrato material, cuando la ejecución de lo que el acto impone es material o técnicamente imposible.

Sin embargo, no comprende la imposibilidad legal pues ello llevaría a considerar como nulo de pleno derecho todo acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico.

Según la doctrina, la imposibilidad ha de ser originaria, puesto que si después de dictado el acto éste deviene imposible, hablamos de un problema de eficacia, no de validez.

4) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

Se refiere a las infracciones que pueda cometer la autoridad o el funcionario con motivo de la emanación de un acto administrativo. La

dicción infracción penal comprende tanto las conductas que sean constitutivas de delito como de falta.

Uno de los principales problemas que se han planteado respecto a este tipo de actos es determinar si la declaración de nulidad puede hacerse directamente por el Tribunal de lo Contencioso o es necesario que, como cuestión prejudicial se pronuncie sentencia condenatoria previa por los órganos de la jurisdicción penal. La solución generalmente admitida, sobre la base del artículo 10 LOPJ es que, tiene que haber una sentencia penal condenatoria por delito o falta, aunque admitiendo algunos supuestos de excepción, como cuando el autor del delito muera antes de que se dicte la sentencia.

Por otro lado, es oportuno diferenciar todos los supuestos de nulidad de pleno derecho que recoge el artículo 62, de los que serían la comisión de delitos, por haberse dictado una resolución injusta. La declaración de nulidad de un acto según el artículo 62 no implica, con carácter general, que se produjera un hecho delictivo. Así, la jurisprudencia entiende que la prevaricación va más allá de la mera aparición de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

5) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido.

En este supuesto se han de comprender no sólo los casos en que efectivamente se ha prescindido absolutamente de todo procedimiento, sino también aquellos supuestos en que la Administración ha observado un procedimiento, pero no el concreto procedimiento establecido por la Ley para ese supuesto, o cuando se emplea el procedimiento legalmente establecido, pero se omiten trámites sustanciales del mismo.

La STS, Sala del Contencioso-Administrativo, del 17 de octubre de 2000, en su fundamento de derecho segundo recoge los requisitos para declarar la nulidad por estos supuestos “En primero lugar, respeto de la invocación de las normas del procedimiento legalmente establecido, con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, la jurisprudencia establece que, para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia del 15 de octubre de 1997 de esta sala y jurisprudencia precedente (desde la sentencia del 21 de marzo de 1988), de que la citada infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto”

6) Los dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.



Como reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, la jurisprudencia ha venido considerando las reglas que se contiene en los cuatro primeros párrafos del artículo 26 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, esto es, composición del órgano, convocatoria y determinación del orden del día, quórum de asistencia y votación.

7) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Se requiere que el requisito del que se carezca sea esencial, es decir, que falten los más elementales supuestos para la adquisición del derecho.

También es necesario que del acto presunto nazcan facultades o derechos, no siendo aplicable este precepto a aquellos actos que únicamente remuevan algún obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente.

Así, este apartado recoge aquellos supuestos en que, el administrado, por consecuencia de actos expresos o por el juego del silencio, adquiere derechos. Normalmente aparece cuando entra en juego a figura del silencio administrativo positivo.

En la jurisprudencia ha habido un debate sobre lo se debe entender por “requisitos esenciales para su adquisición”, mencionado en este apartado.. Por ejemplo, Sentencia TSJ del País Vasco del 6 de mayo de 2003, explica: “De esta argumentación se deduce tácitamente que la Administración impugnante trata de reconducir el caso que es objeto de examen al supuesto de acto nulo regulado en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, a tenor del cuál son nulos los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. El término clave para comprender el alcance de este supuesto es «esenciales», ya que pone de relieve que el legislador no predica la nulidad de cualquier acto administrativo que resulte contrario al ordenamiento jurídico, sino sólo de aquellos en los que de modo manifiesto y flagrante el administrado carece de todo presupuesto para el reconocimiento de un derecho. Esta interpretación del citado artículo 62.1.f) es acorde con el resto de supuestos de nulidad que menciona el mismo artículo 62, pues en ellos se evidencia que sólo los actos que incurren en los más graves vicios procedimentales o de fondo (en concreto, los que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o territorio; los que tengan un contenido imposible; los que sean constitutivos de infracción penitenciaria o se dicten como consecuencia de esta; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos

colegiados) se consideran nulos. En los demás casos, la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a ley es la de actos anulables, tal como señala el artículo 63.1 de la misma Ley 30/1992”

Dado que a día de hoy la jurisprudencia es resistente a reconocer la posibilidad de enervar la aparición silencio positivo en base a la alegación de que daría un resultado contra legem, la Administración para expulsar el efecto producido por el silencio positivo suele acudir a este apartado para fundamentar el expediente de revisión de oficio contra el mismo.

8) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Llamamos la atención sobre el hecho de que esa referencia deba estar contenida en una norma con rango de ley, no reglamentaria o inferior. Podemos mencionar, a modo de ejemplo, el artículo 46 en la Ley 47/2003, general presupuestaria, en cuya virtud, no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en el estado de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan la expresada norma.

9) Disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La posibilidad de impugnar una disposición de carácter general por este motivo está abierta a todo legitimado, y se puede efectuar de forma directo o de forma indirecta a través de un acto de aplicación de la disposición general. También cabe la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, si bien en este caso no cabe ser instada a instancia de parte.

Los efectos de una declaración judicial de una disposición de carácter general están recogidos en los artículos 72 y 73 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que disponen que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Además, que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

Se añade, artículo 73, la mención de que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el

caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

### Supuestos de anulabilidad.

La Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece la anulabilidad como la regla general, estableciendo, en su artículo 63.1 al decir que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Concretamente, la literalidad del artículo 63 es:

- 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
- 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo*

Se recoge en este artículo los supuestos de anulabilidad de los actos administrativos, con una declaración de carácter general, de que, en principio, la contravención del ordenamiento jurídico causa una invalidez calificable como de anulabilidad. Luego recoge dos menciones específicas, una referida a que los defectos de forma sólo dan lugar a la invalidez por anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, y otra, donde se establece que tal efecto sólo aparece en las actuaciones extemporáneas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, esto es, cuando el incumplimiento de esa temporalidad lleve aparejada esta invalidez. Si no se dan esas condiciones mencionadas, la extemporaneidad y el defecto de forma se incluirían en casos de irregularidades ni invalidantes.

Según el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 julio 1992:

«La teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de éstas para que se subsanen las irregularidades detectadas ... En el caso de autos, tratándose, como la Sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido

totalmente del procedimiento establecido al efecto, sino tan sólo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del artículo 48.2 , y ello sólo en el supuesto de que de la omisión se siguiera indefensión para el administrado, condición ésta que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo; pero siempre, en función de un elemental principio de economía procesal implícitamente, al menos, potenciado por el artículo 24 CE ( RCL 1978, 2836) , prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas, adverando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora de éste había incurrido».

De la jurisprudencia se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- la desviación de poder, supone un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público. Actualmente existe una definición normativa de la desviación de poder en el artículo 71 de la Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa, cuando expresa: *Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.*

Tal como expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 16 de junio de 2003, conforme una jurisprudencia muy constante, recogida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en su sentencia de 11 de julio de 2002, que cita de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 y 23 de octubre de 1996, se ha exigido para apreciar la desviación de poder "un ánimo predeterminado" de utilizar la potestad para fines distintos de los que la norma le asigna, fines que pueden ser públicos o privados, pero, en todo caso, " diferentes de los considerados expresa o tácitamente por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produzca una divergencia entre éstos y los realmente perseguidos". La esencia de la desviación de poder está precisamente ahí, en que la potestad se ejerce con la intención de servir a un fin distinto al que la legitima y que es la causa o razón del acto.

Respecto a la prueba, que compete a quien invoca esa desviación de poder, según reiterada jurisprudencia, que refleja la evolución en la materia, una vez superada la etapa en que se imponía una demostración concluyente y rigurosa, a partir del año 1982 se ha ido sentando al respecto, 1) que la prueba de la desviación de poder no puede ser plena, es decir, que la divergencia de los fines nunca será evidenciada por el acto, 2) basta la existencia de una prueba suficiente; puesto que si, como hechos dicho, la desviación nunca será evidenciada por el acto, de tal forma que no derivará de la constatación, sino de la convicción, bastará

con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido con los actos impugnados, la razonable convicción del Tribunal de que se ha producido la desviación de poder, y 3 ) el Tribunal Supremo concibe este nuevo criterio sobre la prueba como algo derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente reconocido.

En la sentencia del Alto Tribunal de 22 de diciembre de 2002 , se apunta además que "siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código Civil ( LEG 1889, 27) , con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1.253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación , como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987 ".

- Respecto a los defectos formales, hay que recordar la postura jurisprudencial de que los defectos de forma sólo pueden suponer la anulabilidad de un acto administrativo si con ellos se causara indefensión real e efectiva que el recurrente debería de demostrar.

Así se manifiesta la jurisprudencia:

“ los trámites han de ser entendidos como garantía para los administrados y en esta vía jurisdiccional para propiciar el acierto en las decisiones pero nunca deben ser instrumentalizados como hitos formales para obstaculizar el procedimiento y su resolución; siendo doctrina jurisprudencial la que basándose en el principio de economía procesal advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que se dicte una vez subsanado el posible defecto formal haya de ser idéntico en sentido material al anterior...pues en la esfera administrativa ha de ser tratada la nulidad de actuaciones con mucha ponderación y medida, y especialmente cuando no existe indefensión para los interesados, indefensión que, en todo caso habría de ser real y efectiva y no meramente aparental” (STS 14 junio 1993), o en términos de STS 1 Feb 1992, “ en materia de nulidades en Derecho administrativo, la eficacia anulatoria de los vicios de forma debe verse restringida y subordinada siempre a la posibilidad de enjuiciamiento de fondo del asunto que es sustancial e institucionalmente, la función propia del proceso y la misma primaria de la jurisdicción” como tiene declarado esta Sala... no todos los vicios o infracciones cometidos en la tramitación de un procedimiento administrativo tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, dado que sólo los defectos muy graves que impidan al acto final alcanzar su fin o que produzcan indefensión de los interesados podrán determinar la anulabilidad; constituyendo ésta una doctrina jurisprudencial que ha ido reduciendo

progresivamente los vicios de forma determinante de invalidez para limitarlos a aquellos que suponen una disminución efectiva, real y trascendente de garantías” ( STS 15 abril 1996).

La Sentencia de 6 de junio de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia alude a esto explicando:

“ SEGUNDO.- Aduce el recurrente la existencia en el procedimiento disciplinario de lo que denomina irregularidades desde el punto de vista formal, manifestando que deben conducir a la anulación del mismo por quebrar derechos y garantías que vulneran el derecho de defensa ( artículo 24 de la Constitución).

Con relación a los defectos de forma conviene señalar que la doctrina del Tribunal Supremo se pronuncia con carácter general en el sentido de que “no todo defecto de forma, aunque existiese, lleva necesariamente a la nulidad de las actuaciones y a la reposición del expediente al momento en que se cometieron: para que esto se produzca es preciso que esa defectuosa actuación haya sido causa de indefensión del sancionado ( STS 11-7-1998). Y es que, como también declara la sentencia del mismo Alto Tribunal de 27-12-1990 “ el Derecho Administrativo, en principio, se ha decidido por un antiformalismo ponderado que, sin merma ni quiebra de la legalidad, permita el desarrollo de la actuación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia, hasta el punto de que al vicio de forma o procedimiento, no se reconoce tan siquiera virtud invalidante de segundo grado, anulabilidad, más que en aquellos casos excepcionales para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo, cuando éste tenga un valor esencial, o se produzca una situación de indefensión, supuestos todos que acreditan que dicho vicio, carente de fuerza en sí mismo y de naturaleza estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha provocado una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia indefensión”.

- En la misma línea, la jurisprudencia considera que «en virtud del principio de economía procesal, debe evitarse la declaración de nulidad cuando con ello no se consiguiera un efecto práctico por ser racionalmente de prever que retraídas las actuaciones al momento en que se cometió la infracción formal, el proceso iba a concluir con una resolución idéntica a la dictada» (STS de 12 de noviembre de 1990,).

- Se han considerado defectos formales con trascendencia anulatoria, siempre que lleven aparejada esa indefensión efectiva la falta de motivación del acto y la falta de audiencia del interesado. Respecto a la falta de motivación, recordar que el art 54.1 ley 30/92 sólo exige una motivación sucintas. Como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28-1-2000, sólo cabe la anulación por la absoluta falta



de motivación: “ toda vez que la falta de motivación suficiente que constituye vulneración del art 24.1 de la CE por infracción del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, es preciso que sea total, de forma que el interesado desconozca la causa o motivo de la misma, lo que no procede entenderse en modo alguno producido en el caso de autos, en que la motivación es clara y suficiente”. En cuanto a la falta de audiencia, se ha excluido la indefensión en los casos en que el interesado ha tenido la posibilidad de interponer los recursos pertinentes con lo que la falta de audiencia alegada se estima corregida .

- También se ha otorgado trascendencia anulatoria en relación con la finalidad del acto, a la omisión de informes preceptivos.

- En relación a la infracción con trascendencia anulatoria de términos o plazos, se ha vinculado a los plazos de ejercicio de potestades administrativas en lo casos en que el término o plazo actúa como límite al ejercicio de la potestad ( como plazos de prescripción de infracciones y sanciones administrativas o de caducidad, etc...)

Los actos anulables, a diferencia de los actos nulos pueden ser sanados:

a) Por la prescripción sanatoria, es decir por el transcurso del tiempo sin impugnar el acto administrativo. viciado. Hay que distinguir:1, En el caso del particular, será el transcurso del plazo establecido para interponer el recurso administrativo. ordinario y en el caso de la Admón., el transcurso del plazo para declarar de oficio la nulidad, que en virtud del artículo 103 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, es de cuatro años.

b) Por convalidación, en sentido propio, es decir, subsanando los defectos de que adolezca el acto, a lo que luego nos referiremos..

## **ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES**

En realidad, la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no menciona como tal a la irregularidad no invalidante pero se puede llegar a determinar su marco, definiendo su espacio como aquel donde no entra en juego la anulabilidad, ni por supuesto, la nulidad de pleno derecho.

Como dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 18 mayo de 2010:

“En la doctrina legal y científica referida a estas causas de nulidad -plenamente vigente por la razón señalada- se sienta, refiriéndose al supuesto de la precisión total del procedimiento legalmente establecido, que es indeclinable que dicha precisión sea total, esto es, que no se trate

de un simple vicio procedimental, cuyo ámbito propio de invalidez es el de la irregularidad no invalidante o de la anulabilidad (el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 ) -anterior artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo - dispone: «el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»). La intención del legislador ha sido evidente para la mencionada doctrina y, así, es notorio que la relevancia de los vicios de procedimiento se considera en Derecho Administrativo (adelantándose en este punto, como en muchos otros, a lo que posteriormente sería la interpretación constitucional de los requisitos procesales civiles) como una irregularidad no invalidante como criterio de partida, aumentando su eficacia invalidatoria según se constituye en requisito no meramente procedimental, sino constitutivo de un mecanismo de garantía para el administrado; esto es, la consideración del procedimiento como garantía del administrado es la clave determinante de la invalidez que dimana de las infracciones del mismo.

En este punto, situada la tesis general, hay que precisar -no obstante- que la configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común -o unas reglas comunes de procedimiento- añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados- y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la inidentificación del procedimiento específico establecido para ese acto con El artículo 63 de la Ley 30/1992, dice que «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. La realización de actuaciones administrativas fuera del plazo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o



plazo». Según doctrina jurisprudencial reiterada, la invalidez del acto administrativo depende de la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar «sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo impugnado en caso de observarse el trámite omitido» (Sentencia de 6 noviembre 1963 ).”

En efecto, dentro de las irregularidades no invalidantes, y en base a lo recogido en el artículo 63 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, hay que entender comprendidos los defectos de forma, excepto en aquéllos casos en los que, según el artículo 63 determinan la anulabilidad del acto, que son cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y cuando dé lugar a la indefensión de los interesados. También son irregularidades no invalidantes la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido, salvo en aquellos casos donde la anulabilidad la imponga la naturaleza del término o plazo.

Ahora bien, el hecho de que este tipo de irregularidades pueden no tener efecto invalidante, no es impedimento para que pueda dar lugar a responsabilidad del personal al servicio de la Administración. En este sentido, el artículo 41 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las administraciones públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de asuntos, serán responsables directos de su tramitación. Por último, un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos donde quepa trazar una relación directa de causalidad con perjuicios a ciudadanos, haría aflorar la posibilidad de exigir la responsabilidad de la Administración

## **LA CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

El artículo 64 dispone lo siguiente:

- 1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.*
- 2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.*

El establecimiento de este principio tiene relación con la aplicación de la presunción de validez de todos los actos administrativos, así como con el principio favor acti, es decir, de la conservación de los actos

administrativos. Está fundamentado en los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la actuación de las administraciones públicas.

El segundo supuesto que se regula en este artículo es lo de la invalidez parcial del acto administrativo, que no llevará consigo la nulidad de todo el acto administrativo se existen partes de este, independientes, que se dictaran sin la existencia de la parte anulada.

Para proceder a la aplicación de este artículo, hace falta que el acto administrativo tenga partes perfectamente diferenciadas, es decir, con sustantividad propia, y que además se proceda a un análisis de las partes no anuladas para determinar que estas se habrían dictado aunque no existiera el acto anulado.

La conversión de los actos administrativos inválidos coincide con la convalidación en constituir ambas técnicas manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico. Pero discrepa de ésta en que mientras la convalidación se aplica sólo a los actos anulables, la conversión entra en juego también respecto de los actos nulos de pleno derecho.

*Artículo 65. Conversión de actos viciados Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.*

Esta norma es, como la recogida en el artículo anterior, una manifestación del principio favor acti, es decir, una actuación del principio de conservación de los actos administrativos. El acto nulo o anulable dejará de producir sus efectos y, en el supuesto de cumplir los requisitos de la conversión, ocasionará los efectos del acto en que se convirtiera. Se intenta con esta figura, además del señalado anteriormente, aminorar las consecuencias perjudiciales que la nulidad de un acto puede tener respecto a terceros que no fueron causantes de los motivos de nulidad.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 66 el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

La regulación de este artículo está fundamentada también en el principio favor acti, así como en los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la actuación administrativa. Es un artículo que complementa el dispuesto en el artículo 64, ya que aquí el órgano que declara la nulidad de actuaciones deberá determinar expresamente la conservación de los actos y trámites no afectados por la nulidad de acto viciado. Cabe la posibilidad de que esta declaración sea realizada de oficio por la Administración, o sea, solicitada por el interesado en el procedimiento administrativo.

Como antes expresamos, los actos anulables, a diferencia de los actos nulos pueden ser sanados por convalidación, en sentido propio, es decir, subsanando los defectos de que adolezca el acto. Según el artículo 67 Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común:

1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.

3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

La validación implica la existencia de un acto administrativo válido, ya que en el momento en que se produce esta no se declaró la nulidad del acto que va a ser validado. Sólo procede en los supuestos de anulabilidad, ya que los actos nulos de pleno derecho no son en ningún caso convalidables.

La doctrina discute a ser posible que se efectúe la validación por un acto, además del expreso, tácito o presunto. ES prácticamente unánime la postura de entender que no cabe la convalidación por medio de un acto presunto, es decir, no se puede entender producida por medio de silencio administrativo.

Según el Tribunal Superior e Justicia de Galicia, por ejemplo, en su Sentencia de 29 de junio de 2005:

“Tras la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sólo la incompetencia manifiesta objetiva por razón de la materia y la territorial pueden dar lugar a la nulidad de pleno derecho (artículo 62.1. b), no la jerárquica o de grado, ya que en este último caso se trata de mera anulabilidad (artículo 63), en congruencia con lo cual el artículo 67.3 de la Ley 30/1992 permite la convalidación. Por tanto, cuando el vicio apreciado afecta a la incompetencia jerárquica, cabe acudir al artículo 67.3 de la Ley 30/1992, según el cual, si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

De este último precepto se desprende que para que la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica pueda operar es imprescindible que sea llevada a cabo por el superior jerárquico del que dictó el acto viciado, de modo que, siendo la facultad de convalidación específica de dicho superior jerárquico, no puede delegarla a favor del mismo órgano que dictó el acto viciado para que sea éste quien convalide su propio acto. Si de lo que se trata es de que el acto viciado sea examinado por el superior jerárquico a fin de comprobar si lo realizado es conforme al ordenamiento jurídico, se contrariaría la finalidad de lo que se persigue con la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica si se permitiera que la llevase a cabo el mismo órgano que dictó el acto mediante el expediente de que el superior delegase en él expresamente la competencia para realizarla.”

## **LOS ERRORES MATERIALES Y DE HECHO.**

En el mismo capítulo dedicado a la revisión de oficio de los actos administrativos la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común incluye en el precepto referido a la rectificación. Se trata del artículo 105.2, según el cual:

*Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.*

La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equivoco.

Este carácter estrictamente material y en absoluto jurídico de la rectificación justifica que para llevarla a cabo no requiera sujetarse a solemnidad ni límite temporal alguno. La rectificación de errores materiales puede hacerse en cualquier momento, tanto de oficio, como a instancia del administrado, como ha venido a aclarar una importante Sentencia de 17 de julio de 1987. En este último caso, «la doctrina del acto consentido no tiene virtualidad para impedir el juego del artículo 111 (hoy 105.2), dado que éste, en su expresa dicción y con el fundamento antes señalado, nace precisamente con la finalidad de romper, respecto de la Administración, la vinculación a los actos declarativos de derechos y, respecto del administrado, la doctrina del acto consentido o confirmatorio».

El problema radica, pues, en determinar las fronteras entre el error de hecho y el error de derecho, punto éste en el que la doctrina, tanto del Tribunal Supremo como del Consejo de Estado, se muestra especialmente rigurosa para evitar el posible fraude de ley. Combinando la jurisprudencia

del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La facultad de rectificación debe hacerse con hondo carácter restrictivo.
- El error debe ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente, exteriorizándose prima facie (STS del 30 de mayo de 1985).
- Excluye de su ámbito todo el referido la cuestiones de derecho y que impliquen la realización de un juicio valorativo, como el alcance de los hechos, error en las interpretaciones de disposiciones legales, valoración de la prueba, etc.
- Que la corrección no produzca una alteración fundamental o sustancial en el contenido o sentido del acto (Dictamen 1284/1992 del Consejo de Estado y STS del 8 y 19 de abril de 1967).

Como expresa la sentencia de 18 de junio de 2001 del Tribunal Supremo:

"(...) el error material o de hecho se caracteriza por ser "ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación" (...), de manera que la aplicación del mecanismo previsto en el citado artículo 105.2 de la Ley 30/1992 requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:

a) que se trate de "simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos";

b) que el error "se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte";

c) que "el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables";

d) que "no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos";

e) que "no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica) ";

f) que "no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica

revisión", que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992 ;

g) finalmente, se viene exigiendo "que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)".

Por su parte, la sentencia del TS, Sala 8 de Julio de 1982 dice que «Es cierto que el artículo 111 de la Ley Procedimiento Administrativo -actual artículo 105 de la Ley 30/1992 - atribuye a la Administración potestad para rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos, pero evidentemente el ejercicio de esa potestad no entraña una revocación del acto administrativo en términos jurídicos. El acto administrativo rectificado ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio del acto rectificado, sin que pueda la Administración "sub specie" de potestad rectificadora encubrir una auténtica potestad revocatoria, lo cual entrañaría un verdadero 'fraus legis', constitutivo de una desviación de poder. Por eso, el Tribunal Supremo ha cuidado de advertir la necesidad de diferenciar entre el error de Derecho y el mero error de hecho o material, negando la existencia de este siempre que su apreciación implique un juicio valorativo, exija una operación de calificación jurídica, o cuando la rectificación materializada implique realmente una alteración fundamental del sentido del acto».

La jurisprudencia posterior ha reiterado estos elementales principios, y así lo expresa la sentencia del TS, Secc. 3ª , de 6 de octubre de 1986 (entre otras muchas posteriores como la de 17 de febrero de 1987 , y de conformidad con la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 16 de marzo de 1966, 12 de marzo de 1968, o 16 de mayo de 1973) en la que se pone de manifiesto que «La Administración no puede alterar la situación jurídica creada por un acto anterior, firme y declarativo de derechos, al venir obligada a aceptar la situación jurídica consolidada y mientras no sea revocado a través de los procedimientos legales de revisión de oficio».

A pesar de que la jurisprudencia se haya manifestado a favor de una interpretación restrictiva, no obstante se admite tal corrección en los casos en que se reúnan una serie de requisitos: que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; que el error sea patente y claro sin necesidad de acudir a documentos; que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto; que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no se genere la anulación o revocación del mismo produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo

rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo sustantivo y resolutorio que el acto rectificado ( STS 1-2-1991 ).

Santiago Valencia Vila

## BIBLIOGRAFÍA

Varios, Letrados da Xunta de Galicia, *Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, Asociación Profesional de letrados da Xunta de Galicia, 1ª edición, Santiago de Compostela, 2005.

Parada. R, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Segunda edición, Madrid, 1999.

González Pérez J, González Navarro F, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo Común*, Civitas, Segunda edición, Madrid, 1999.

Varios, *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993.

**14. REVISIÓN DE OFICIO DE LOS  
ACTOS ADMINISTRATIVOS  
NULOS Y ANULABLES: CASOS  
EN QUE PROCEDE.  
PROCEDIMIENTO. LA  
IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL  
DE ACTOS POR LA PROPIA  
ADMINISTRACIÓN: LA  
DECLARACIÓN DE LESIVIDAD.  
LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS.**



## **Tema 14**

**La revisión de oficio de los actos administrativos nulos y anulables: casos en que procede. Procedimiento. La impugnación jurisdiccional de los actos por la propia Administración: la declaración de lesividad. La revocación de los actos administrativos**

### **LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS Y ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE.**

#### **INTRODUCCIÓN.**

Es principio general de Derecho Administrativo la presunción de legitimidad y de validez de los actos administrativos, de donde deriva su ejecutividad y, en su caso, su ejecución forzosa; así el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP) señala que “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

Se trata ésta de una presunción “iuris tantum” puesto que el acto administrativo puede incurrir en infracción del ordenamiento jurídico, en cuyo caso resulta necesario proceder a su revisión.

En principio, el control de la actividad administrativa se encomienda a los tribunales de justicia, en virtud de lo que se establece en el artículo 106 de la Constitución Española, según el cual: “Los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Pero además, en virtud del privilegio de autotutela que incumbe a la Administración, puede ésta declarar unilateral y ejecutoriamente la

ineficacia de los actos administrativos en los casos y con los requisitos que establece la Ley, bien sea de oficio, bien a instancia de los particulares. Los medios previstos al efecto son la revisión de oficio, que es objeto de estudio en este epígrafe, así como la declaración de lesividad, que analizaremos al final del tema, y los recursos en vía administrativa administrativos.

### ACTOS NULOS Y ACTOS ANULABLES.

La LRJAP regula la materia en sus artículos 62 y 63, cuyo contenido pasamos a reproducir:

“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”

#### “Artículo 63. Anulabilidad

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Lo dispuesto en los artículos anteriores debe ser completado con la regulación que ofrece la LRJAP de los supuestos de conservación, conversión y convalidación en los preceptos siguientes, a saber:

#### “Artículo 64.

##### Transmisibilidad

1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.

2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

“Artículo 65.

Conversión de actos viciados

Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.”

“Artículo 66.

Conservación de actos y trámites

El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.”

“Artículo 67.

Convalidación

1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.
2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.
3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.
4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.”

#### CASOS EN QUE PROCEDE LA REVISIÓN DE OFICIO.

La revisión de oficio aparece regulada en el artículo 102 LRJAP, que dispone:

“1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.

(...)”

Resulta pues preciso analizar las siguientes cuestiones en relación a los casos en que procede la revisión de oficio:

#### a) Actos y disposiciones

El artículo 102.1, LRJAP, en su versión original, se refería únicamente a actos. Se remitía al número 1 del artículo 62 –que regula la nulidad de los actos– y no al número 2 del mismo artículo –que regula la nulidad de las disposiciones–. No obstante, no existía razón válida para excluir a éstas del procedimiento de revisión, aunque podía aducirse en contra de la aplicación de este procedimiento a las disposiciones su innecesariedad. Si las disposiciones –a diferencia de los actos administrativos declarativos de derechos subjetivos– pueden en cualquier momento derogarse y modificarse, con sujeción al procedimiento correspondiente, ¿qué sentido tiene la declaración de nulidad? En principio, el momento a partir del cual producen efectos una y otra: la derogación a partir de la publicación de la disposición derogatoria; la declaración de nulidad, desde que se publica la disposición declarada nula, con la salvedad de la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la misma. La Ley 4/1999 ha despejado las

dudas planteadas. El número 2 del artículo comentado, una vez redactado después de la revisión, reconoce expresamente la posibilidad de declarar «la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2». Si bien, como se ha dicho, aunque la Administración puede de oficio revisar las disposiciones nulas (verdadero procedimiento de revisión de oficio), no se reconoce legitimación a los demás.

#### b) Actos que hubiesen puesto fin a la vía administrativa

El artículo 102.1 LRJAP, establece un requisito que no aparecía en el texto del artículo 109 LPA. A tenor de la nueva regulación, es necesario para que sea admisible este procedimiento especial de revisión que los actos hubiesen puesto fin a la vía administrativa –según el art. 109 LRJAP– o que no hubiesen sido recurridos dentro de plazo. Aunque el artículo 102.1, LRJAP (texto primitivo) se refería genéricamente a actos «contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo», habría de referirse la expresión a recursos administrativos ordinarios –o especial, como el económico–administrativo–, excluyéndose el recurso extraordinario de revisión y, por supuesto, el contencioso–administrativo.

Es evidente que, en el supuesto de que el acto sea firme por no ser susceptible de recurso administrativo –ni, por tanto, de recurso contencioso–administrativo–, al no ser posible la revisión del acto nulo por los procedimientos ordinarios, no cabe otra posibilidad de declarar la nulidad que la vía del procedimiento extraordinario que regula el artículo 102 LRJAP. Pero en el supuesto de acto que hubiese puesto fin a la vía administrativa, cabía distinguir los siguientes supuestos:

- Que no se hubiese interpuesto dentro de plazo el «contencioso–administrativo», habiendo adquirido firmeza el acto. En este supuesto, al igual que en el anterior, no existe otra opción para revisar el acto que la del procedimiento del artículo 102 LRJAP.

- Que se hubiese interpuesto recurso contencioso-administrativo dentro de plazo, que estuviese pendiente de resolución. La cuestión de la validez del acto está sub iudice . Pero no cabe hablar de litispendencia , ni la existencia de proceso administrativo pendiente supone obstáculo al ejercicio de las potestades administrativas de revisión. Si el ejercicio de éstas desembocara en la declaración de nulidad o anulación del acto, el proceso administrativo quedaría sin objeto y se produciría la extinción (art. 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en adelante LJ).

- Que todavía no hubiese transcurrido el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo. No existe tampoco obstáculo alguno para que se inicie el procedimiento de revisión del artículo 102 LRJAP. Que el interesado acuda a esta vía especial -en vez de la del contencioso-administrativo o simultáneamente a ésta- dependerá de la confianza que tenga en obtener la satisfacción de sus pretensiones ante la Administración y de la previsible duración de uno y otro procedimiento.

Esta interpretación podría considerarse inadmisibile después de la Ley 4/1999, al exigir que los actos «no hayan sido recurridos en plazo», en vez de referirse, como hacía la norma en su redacción primitiva a éstos «contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo». Pero si ésta fue la intención del legislador, la desafortunada redacción de la norma permite mantener la correcta interpretación que permitía el texto inicial. Porque:

- 1) El artículo distingue dos supuestos distintos, tanto antes como ahora: uno, que el acto haya puesto fin a la vía administrativa; otro, que no se haya interpuesto recurso.
- 2) Si se interpreta este segundo supuesto, en el sentido de que no se haya interpuesto, no sólo recurso administrativo, sino tampoco el contencioso-administrativo, no tendría sentido la referencia al otro supuesto. La norma exigiría que el acto fuera firme, que no cupiera recurso alguno.

3) Luego si especifica como supuesto distinto a la no interposición del recurso, que el acto haya puesto fin a la vía administrativa y la ley no distingue, ha de entenderse que siempre que el acto agota la vía administrativa –haya sido recurrido o no en vía contencioso-administrativa– es posible incoar el procedimiento de revisión que regula el artículo 102, LRJAP, para declarar su validez.

Obviamente, si, incoado el proceso administrativo, se dictara sentencia antes de haber terminado el procedimiento de revisión, y la sentencia declarara que el acto es válido –por estimarse que no se daba el mismo motivo de nulidad que trata de hacerse valer en el presente artículo– quedaría sin objeto éste, y si por no haber conocido la sentencia dictara resolución declarando la nulidad, esta resolución sería nula y no podría prevalecer sobre la anterior.

Finalmente, en cuanto a los actos que ponen fin a la vía administrativa, hemos de recordar el contenido del artículo 109 LRJAP:

“Ponen fin a la vía administrativa:

- a) Las resoluciones de los recursos de alzada.
- b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 .
- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- d) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.
- e) Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

En nuestra Comunidad Autónoma, la materia aparece regulada en la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad



Autónoma de Galicia a la Ley 1/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de la Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común:

“Artículo 4. Fin de la vía administrativa

Ponen fin a la vía administrativa, salvo que por Ley especial se establezca lo contrario, las resoluciones de los órganos siguientes:

- a) Las del Consello de la Xunta, las de su presidente y las de sus comisiones delegadas.
- b) Las de los conselleiros.
- c) Las de los secretarios generales y directores generales en materia de personal.
- d) Las de los órganos superiores de gobierno de organismos autónomos y de los entes públicos cuando ejercitan competencias administrativas.
- e) Las de las demás autoridades cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.”

Y finalmente en el ámbito local debe tomarse en consideración el artículo 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local:

“Ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

- a) Las del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una Ley Sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2 .
- b) Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.

c) Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.”

#### c) Motivos de nulidad

El artículo 102.1, LRJAP, reconoce la posibilidad, a través del procedimiento que en él se regula, de «declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1». «El art. 102.1 LRJAP –dice la S. 5 mayo 2005– configura la revisión de oficio con un carácter excepcional, que únicamente debe ser utilizada cuando realmente se detecten vicios que hagan precisa la retirada del acto del mundo jurídico». Como la enumeración de los supuestos de nulidad que se contiene en este último artículo se cierra con la fórmula general de «cualquier otro que guarde analogía con los anteriores y que una disposición de rango legal califique de nulo de pleno derecho» es evidente que podrá hacerse valer en este procedimiento cualquier motivo de nulidad.

Es necesario que se esté ante uno de los supuestos de nulidad radical (S. de 25 de febrero de 1997), con arreglo a la normativa vigente al producirse los hechos (S. 25 de octubre de 1997).

#### **PROCEDIMIENTO.**

En primer lugar, en lo que se refiere al plazo, debe señalarse que no existe límite temporal para la incoación del procedimiento. El artículo 102.1 LRJAP, dice que la nulidad podrá declararse «en cualquier momento». La acción de nulidad (dicen las Ss. de 30 de marzo de 1992 y 6 de mayo de 1992) no está sujeta a plazo alguno. «Uno de los caracteres de la acción de nulidad (dice la S. de 29 de diciembre de 1986 es su imprescriptibilidad, como destaca el mencionado artículo 109, LPA, al significar que en cualquier momento se puede ejercitar». «El artículo 109, LPA, reconocía no sólo una revisión de oficio por la Administración, sino una acción de nulidad ejercitable en cualquier momento a instancia del interesado» (S. de 30 de mayo de 1997). La acción es imprescriptible (S. de 23 de febrero de 2000).

Ahora bien, lo anterior no implica que siempre y en cualquier momento se pueda alegar la nulidad de pleno Derecho de un acto o disposición. Pues, si tal nulidad se pretende o se encauza por medio de un recurso en vía administrativa, éste deberá interponerse dentro de los plazos legalmente establecidos (un mes, según los arts. 115.1 y 117, LRJAP).

La S. de 5 de octubre de 2002 dice:

«La más reciente y firme doctrina de esta Sala (baste citar las sentencias de 19 diciembre 1997 , 2 diciembre 1999 y 15 noviembre 2000) ha establecido que la imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 109 de la antigua LPA (hoy art. 102, LRJAP) cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo "en cualquier momento"; por lo tanto, la firmeza del acto consentido, en los demás casos, cierra el paso a su impugnación, si no se produjo en el plazo establecido».

En el mismo sentido, Ss. 13 junio 2003, 21 abril, 21 junio y 13 octubre 2004.

Así lo impone el principio de seguridad jurídica, y, por supuesto, siempre operarán los límites del artículo 106 LRJAP.

En lo que hace al procedimiento propiamente dicho, ante el silencio de la Ley, debe entenderse aplicable el procedimiento general previsto en el Título VI LRJAP, si bien con las particularidades que se derivan de lo previsto en el propio artículo 102 LRJAP y en los siguientes preceptos de la misma. En particular deben ser tenidas en cuenta las normas que a continuación se mencionan.

“Artículo 102. (...)

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por

los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.”

#### “Artículo 104. Suspensión

Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”

#### “Artículo 106. Límites de la revisión

Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

De lo señalado hasta aquí se desprende que el procedimiento de revisión de oficio estará integrado por las siguientes fases:

## *1. Iniciación*

### *a. De oficio*

El procedimiento podrá incoarse por acuerdo del órgano competente para acordar la declaración de nulidad, bien por propia iniciativa o como consecuencia de (art. 69 LRJAP):

- Orden superior.
- Petición razonada de otros órganos.
- Denuncia.

Si se trata de la declaración de nulidad de una disposición general únicamente podrá incoarse de oficio, según el núm. 2 de este artículo 102.

### *b. A instancia de interesado*

La jurisprudencia ha precisado que «la acción de nulidad es una petición dirigida a la Administración en solicitud de que proceda a la revisión de un acto o disposición administrativa tachados de nulos, con nulidad absoluta por alguno de los motivos tasados por la ley; una petición que no se produce por vía de recurso –los recursos administrativos están sujetos a plazos fugaces de caducidad–». Así, Ss. de 30 de marzo de 1992, 6 de mayo de 1992 y 11 de octubre de 1994.

Como se ha señalado, después de la reforma introducida por la Ley 4/1999, no cabe iniciación a instancia de interesado para intentar la nulidad de una disposición general S. de 28 de noviembre de 2001).

## *2. Trámite de admisión*

El número 3 del artículo comentado, después de la Ley 4/1999, reconoce al órgano competente para resolver, acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de nulidad, sin más trámites, en los siguientes supuestos:

- Que no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62.
- Que carezcan manifiestamente de fundamento.
- Que se hubieren desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

El acuerdo de inadmisión, al impedir la continuación del procedimiento, será recurrible en vía administrativa (art. 107.1, LRJAP) y, en su caso, contencioso-administrativa (art. 25.1 LJ).

La S. de 12 de diciembre de 2001 había establecido:

«La sentencia de 12 de noviembre de 2001 (Recurso de casación 2674/1997) ha aclarado que la jurisprudencia de este Tribunal ha distinguido tradicionalmente dos fases en los procedimientos de revisión de oficio. La primera comprende la apertura de un expediente en el que, tras los trámites pertinentes, la Administración determina prima facie si el acto o actos cuya revisión se pide adolecen o no de los vicios que determinarían su revisión. En caso de la conclusión sea afirmativa se abre la segunda fase que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita. Pues bien la jurisprudencia ha venido declarando en forma constante que en los casos en que no se ha tramitado el procedimiento completo, en las dos fases que se acaban de enunciar, no se puede entrar en la cuestión de fondo de la revisión en vía jurisdiccional de los actos administrativos y disposiciones generales de que se trate. El examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado. Eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la Jurisdicción

entre a conocer del acto o la norma, sino que, en su caso, ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida (sentencias de 24 de octubre de 2000, de 7 de mayo de 1992 de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 22 de octubre de 1990, 18 de abril de 1988 y 21 de febrero de 1983, entre otras )».

Después de la Ley 4/1999, es indudable que, en los casos señalados, pueda acordarse la inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de nulidad (Ss. 13 julio, 13 octubre y 2 noviembre 2004, y 5 mayo 2005).

### *3. Instrucción*

#### *a. Audiencia de los interesados*

El trámite de audiencia y vista debe concederse a todos los que ostenten la condición de interesados. De lo contrario se incurriría en una de las infracciones del procedimiento determinantes de la anulabilidad (art. 63.2 LRJAP). Así, la S. de 20 de febrero de 1984.

La S. de 20 de diciembre de 1983 señala: «Que el artículo 47, LPA, al que se acoge específicamente la Corporación Municipal demandada, para acordar la indicada nulidad de pleno Derecho, en efecto, la señala para el caso de haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello, pero su correcta aplicación requiere determinadas condiciones y formalidades; y así cuando dicho acto cree, reconozca o declare un derecho subjetivo, de modo definitivo, y en virtud de la limitación impuesta, con carácter general por el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, de modo específico, para los dictados por las Corporaciones locales, en el artículo 369 de la Ley de Régimen Local, deberán cumplirse las expresadas en el artículo 109 de la propia Ley de Procedimiento y las implícitas con ellas, cual es la de audiencia previa del interesado, conforme a los artículos 23 y 91 de la

propia Ley y lo apuntado en los artículos 281 y 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.»

La misma doctrina en Ss. de 11 de abril de 1983 y 2 de febrero de 1987.

Aunque la Ley 4/1999 ha eliminado la remisión que hacía el núm. 2 del texto originario a que el procedimiento «se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta ley», ello no puede interpretarse en modo alguno como una supresión del trámite de audiencia, que sí se exige en el artículo 103 en el procedimiento para la declaración de lesividad.

*b. Dictamen del consejo de estado*

El artículo 102.1, LRJPA, exige para que la Administración pueda declarar la nulidad por el procedimiento de revisión regulado en este artículo «dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad autónoma, si lo hubiere».

Se mantiene, por tanto, la exigencia de la normativa anterior –art. 109 LPA– de que el dictamen sea favorable.

En cuanto al órgano que debe emitir el dictamen, la LRJAP trata de superar las dudas planteadas por la doctrina y establece que corresponde al Consejo de Estado (art. 22.10 LOCE), «u órgano consultivo de la Comunidad autónoma, si lo hubiere». Respecto de la competencia del órgano consultivo de la Comunidad autónoma, interesa precisar:

- Que será necesario –para prescindir del dictamen del Consejo de Estado– que el órgano consultivo tenga, dentro de la Comunidad autónoma de que se trate, el mismo rango de órgano superior consultivo que el Consejo de Estado tiene en el Estado.
- Que la legislación autonómica no prevea expresamente que debe dictaminar el Consejo de Estado.



- Que corresponderá dictaminar al órgano consultivo de la Comunidad autónoma, no sólo cuando se trate de declarar la nulidad de un acto de la Administración de la Comunidad autónoma, sino de los actos de las Entidades locales que radiquen en su territorio.

#### *4. Resolución*

##### *a. Resolución expresa*

La resolución únicamente podrá declarar la nulidad cuando el dictamen del Consejo de Estado fuese favorable. Como dice la S. de 20 de enero de 1986:

«... es preceptivo el dictamen favorable del Consejo de Estado, de tal forma que si es desfavorable la Administración no puede declarar la nulidad, doctrina acorde con las Ss. de 14 de abril de 1971 y 29 de enero de 1975, entre otras».

Pero esto no significa que siempre que sea favorable el dictamen deba declararse la nulidad. La Administración podrá resolver «oído el Consejo de Estado» cuando se trate de disposiciones. No así cuando se trate de actos administrativos. Así se desprende de la diferente redacción del núm. 1 y del núm. 2 del artículo después de la Ley 4/1999; mientras que el núm. 1 (referido a actos) dice que las Administraciones declararán la nulidad, el núm. 2 (referido a disposiciones) dice que «podrán declarar la nulidad».

##### *b. Silencio administrativo*

La LRJAP, después de la revisión, en el número 5 establece que, en el supuesto de que transcurrieran tres meses desde la iniciación sin dictar resolución:

- Si se incoó de oficio, se producirá la caducidad del procedimiento.
- Si se hubiera incoado a solicitud de interesado, podrá entender desestimada su petición por silencio administrativo.

Ahora bien, precisamente por presuponer el silencio administrativo la inactividad administrativa, lo normal será que esta inactividad haya dado lugar a omisiones de trámites esenciales del procedimiento determinando la nulidad de actuaciones. Al formularse la pretensión procesal frente a la denegación presunta, en la que el administrado pide al Tribunal que se reconozca su derecho, podrá encontrarse con una sentencia que no entra a examinar la cuestión planteada por el demandante. Bastará con que, examinando previamente el problema de si se han cumplido las normas esenciales de procedimiento, declare la nulidad de actuaciones administrativas y ordene reponerlas al momento anterior a aquel en que se cometió la primera de las infracciones de las normas de procedimiento. Así se ha venido estableciendo en algunas sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo.

Por lo que aquel administrado que acudió al proceso administrativo frente a la denegación presunta en demanda de justicia, después de los años que tarda un proceso, se encontrará de nuevo en el procedimiento administrativo sin haber obtenido resolución expresa, esperando a que la Administración cumpla unos trámites y a que después dicte acuerdo expreso.

Esta corriente, sin embargo, no parece correcta. El principio de tutela jurisdiccional efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución, exige en estos casos que la sentencia se pronuncie sobre la cuestión de fondo.

Así, la S. de 29 de enero de 1994, señala:

«Como esta Sala ha declarado en las sentencias que acabamos de citar y en las de 10 de mayo, 14 de mayo y 22 de mayo de 1993 y 22 de enero de 1994, el régimen de la impugnación de resoluciones presuntas no consiente como solución la nulidad de actuaciones y retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los requisitos omitidos, sino que exige el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas (pretensiones de resarcimiento y su cuantificación) aunque el

procedimiento previo en vía administrativa se hubiese visto privado de aquellos elementos de juicio y asesoramiento, entre ellos el dictamen del Consejo de Estado, previsto por los artículos 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, y 134.3 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa».

En idéntico sentido, la S. de 3 de octubre de 1994 en el fundamento de Derecho tercero, dice:

«Alega el Abogado del Estado, con invocación de la sentencia que cita (que señala pronunciada en el Recurso número 306666/1982 con fecha 2 de octubre de 1992), que cuando se solicita de la Administración la declaración de nulidad de pleno derecho con base en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y la Administración guarda silencio sobre la petición, los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo no pueden entrar a examinar y declarar, en su caso, la nulidad radical del acto impugnado, sino que deben limitarse a ordenar a la Administración que inicie la tramitación correspondiente y la concluya, previo dictamen del Consejo de Estado, dictando la resolución procedente en orden a si se produjo o no la nulidad radical pretendida. Dejando aparte que existen sentencias de este Tribunal Supremo que no avalan la opinión expuesta por el señor Abogado del Estado (cfr. Ss. de 1 de septiembre de 1988 y 24 de abril de 1993), la Sala entiende que en el caso que se somete a su consideración concurren circunstancias que ponen de manifiesto la falta de fundamento de la pretensión de nulidad de pleno derecho con que actúan el Ayuntamiento de Barbate y la "Junta de Hazas", como a continuación vamos a examinar, y que, en estos supuestos en que de modo inequívoco no existen las causas de nulidad radical invocadas frente a la Administración del Estado, el órgano jurisdiccional debe entrar a conocer del fondo de la cuestión suscitada, sin remitirla para su solución a los órganos administrativos con el fin de que decidan sobre ella, previa audiencia preceptiva del Consejo de Estado, teniendo esta solución su fundamento tanto en la procedencia de

desestimar la solicitud como en el otorgamiento de una tutela judicial efectiva a las partes, sin introducir dilaciones respecto al enjuiciamiento de sus pretensiones (art. 24 de la Constitución), razonamientos que comportan la desestimación de la alegación formulada al respecto por el Abogado del Estado».

Por tanto, si un administrado, en aplicación del silencio administrativo, opta por considerar desestimada una petición de declaración de nulidad o en recurso administrativo y acude a los Tribunales, éstos deben pronunciarse sobre la cuestión de fondo que plantee, sin que sea admisible evitar tal pronunciamiento por el hecho de que en el procedimiento se hubiere incurrido en infracciones esenciales, por graves que sean.

Existe sin embargo una excepción al principio señalado: que la infracción esencial lo sea de un trámite (como el de audiencia y vista) que trate de hacer efectivo principio tan esencial como el de que nadie puede ser condenado sin ser oído, «fundamento esencial del pronunciamiento administrativo y del proceso judicial, actualmente en el artículo 24 de la Constitución». Así, la S. de 14 de septiembre de 1983.

Por otro lado, otras sentencias, como la S. de 12 de diciembre de 2001, establecen que para que la jurisdicción pueda pronunciarse sobre la cuestión de fondo es necesario que el procedimiento administrativo de revisión de oficio hubiere llegado a la segunda fase y hubiere dictaminado el Consejo de Estado.

#### IV. Efectos

##### *1. Efectos jurídico-procesales*

El acto que ponga fin a este procedimiento de revisión será susceptible del recurso administrativo que, en cada caso, proceda, y, en su caso, del recurso contencioso-administrativo.

Aun cuando el acto fuese denegatorio de la nulidad, no podrá invocarse frente al recurso contencioso-administrativo la excepción de acto confirmatorio que prevé el artículo 28 LJ, por no darse entre el acto o disposición cuya nulidad se pretende y el que resolvió el procedimiento de nulidad las identidades que constituyen el presupuesto de aquella excepción.

## *2. Efectos jurídico-materiales*

Los efectos serán los propios de la nulidad de pleno Derecho. No obstante, según el artículo 65 LRJAP, «los actos nulos... que... contengan los elementos constitutivos de otros distintos producirán los efectos de éste».

En el supuesto de que el órgano competente hubiese ejercido la facultad que reconoce el artículo 102.4 LRJAP, la resolución determinará la obligación de indemnización por la cuantía que establezca (S. 17 febrero 2004).

El número 4 del artículo comentado, según la nueva redacción dada por la Ley 4/1999, al referirse a la declaración de nulidad de una disposición, establece la salvedad de que «subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma»..

## **LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE ACTOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN: LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD.**

Se llama proceso de lesividad al proceso judicial o recurso que ejercita la propia Administración autora de algún acto cuando no puede anularlo o revocarlo por sí misma. Antes de interponer dicho recurso es preciso obtener la declaración administrativa de que el acto es lesivo para el interés público.

Se denomina pues procedimiento de lesividad al procedimiento administrativo que ha de ser tramitado a los efectos de obtener la declaración de lesividad que permita posteriormente el inicio del proceso

judicial con el mismo nombre que determinará, en su caso, la ineficacia del acto administrativo correspondiente.

En cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento de lesividad, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, además de implicar un procedimiento administrativo que conlleva una declaración de voluntad administrativa, se erige en un presupuesto procesal para el llamado proceso de lesividad. Así se desprende del artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA): “Cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público.”

La declaración de lesividad es, por tanto, un acto administrativo de naturaleza especial, en cuanto únicamente produce efectos en el ámbito procesal (S. de 12 de marzo de 1996), por lo que no es admisible la impugnación directa ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la declaración.

La S. 23 abril 2004 dice:

«La declaración de lesividad no tiene más efecto que el de permitir a la Administración instar la impugnación jurisdiccional de un acto dictado por ella misma, y es dentro del proceso jurisdiccional que así se inicie donde han de ser emplazados todos los que estén interesados en mantener la validez de dicho acto y donde pueden hacer valer, en beneficio de sus derechos e intereses, todo lo que estimen conveniente en contra de esa declaración de lesividad y de la nulidad del acto».

En el mismo sentido, S. de 23 de abril de 2002 (Ar. 4610).

#### *PROCEDIMIENTO DE LESIVIDAD*

Su regulación se encuentra en el artículo 103:

## “Declaración de lesividad de actos anulables

1. Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley.
3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.
4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.
5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.”

En relación a los actos que pueden declararse lesivos resulta preciso efectuar las consideraciones que se harán a continuación.

En primer lugar, serán susceptibles de ser declarados lesivos los actos impugnables de acuerdo con el artículo 103 LRJAP, pero en ningún caso lo serán los reglamentos.

Así, cuando la LJ se refiere al acto objeto del «recurso contencioso-administrativo», a lo largo de su articulado emplea la expresión de «acto, disposición o actuación», consecuencia de la admisión expresa de la

impugnación de las disposiciones de carácter general. Sin embargo, cuando se refiere concretamente al proceso de lesividad, no habla para nada de «disposiciones», sino únicamente del «acto» o «actos», con lo que se pone de manifiesto que la Ley únicamente admite la impugnación de actos dentro del proceso de lesividad.

En segundo lugar, en cuanto a sí la declaración de lesividad resulta admisible frente a los contratos, no existe razón alguna para aplicar a los contratos regla distinta que a los demás actos de la Administración.

La S. de 23 de abril de 2002, sienta esta correcta doctrina (Fundamentos de Derecho cuarto y quinto):

«Cuarto.-El segundo motivo se articula por el cauce procesal del número 4 del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción por la Ley 10/1992, por infracción, en concepto de errónea interpretación del número 2 del artículo 103 de la LRJAP.

Para la parte recurrente, una segunda razón que justifica la decisión desestimatoria que contiene la sentencia es que la posibilidad de declarar lesivos actos contractuales declarativos de derechos, implicaría dejar en manos de la Administración la posibilidad o facultad para resolver los contratos de forma unilateral, interpretación que supone tanto como desconocer que la declaración de lesividad de nada sirve, ni surte efecto alguno si no es seguida en los términos establecidos en la Ley Procedimental de la pertinente impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se convierte, así, en el árbitro que resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de lesividad del acto de que se trate, siendo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que vendrá a proclamar la juridicidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico del acto declaratorio de lesividad, enjuiciando la cuestión al margen del criterio de la Administración, que podrá ser o no aceptado.



Quinto.-El argumento de la Sala de instancia no supone la imposibilidad de acudir al procedimiento de declaración de lesividad en materia de contratación administrativa, pues, en este caso, la declaración de lesividad constituía un presupuesto del proceso que incoó la Administración local que en este supuesto personifica la Corporación Municipal de Burgos (con sujeción al artículo 103.2 de la Ley 30/1992) y la sentencia no está excluyendo la posibilidad de su admisión, recordando criterios jurisprudenciales precedentes contenidos en las Ss de 27 de junio de 1977 y 5 de julio de 1983 (Ar. 3976), especialmente en la primera, al reconocer que la lesividad afecta a las fases preparatoria y de adjudicación del contrato.

En este punto, la evolución jurisprudencial, superando la tesis inicial contenida en las sentencias de 10 de diciembre de 1934 y 25 de marzo de 1941, ha extendido la lesividad a la contratación administrativa (desde la Sentencia de 13 de noviembre de 1974 y no se trata, como sostiene la parte recurrente en casación, de una libre facultad resolutoria por parte de la Administración, pues la impugnación de un contrato en base a su carácter lesivo no tiene su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por el contratista que dan lugar a la resolución del contrato, sino en constatar si la Administración vulneró disposiciones por las que ha de regirse, repercutiendo desfavorablemente en los intereses económicos o de otro orden de la Administración.»

Y en tercer lugar, debe recordarse que el requisito exigido en los supuestos generales de que el acto agote la vía administrativa no se aplica al proceso de lesividad.

No ha faltado quien ha creído que, mientras quepa recurso jerárquico, no puede utilizar la Administración el proceso de lesividad; pero la doctrina dominante estima lo contrario, posición corroborada por una reiterada doctrina jurisprudencial, como la S. de 21 de noviembre de 1947, en la que se afirma que «la acción de lesividad, de ordenación privilegiada a favor de

la Administración, no se gobierna por principios idénticos a la otorgada normalmente a favor de los administrados, y así, aunque éstos tienen cerrado el presente camino jurisdiccional, si en su tiempo descuidaron utilizar recursos gubernativos de alzada, no sucede lo propio para la Administración».

#### *PROCESO DE LESIVIDAD.*

Declarada la lesividad por la Administración competente, puede interponerse recurso contencioso-administrativo contra el acto declarado lesivo. Las especialidades fundamentales que presente el recurso contencioso-administrativo son las siguientes:

a) Legitimación activa. Corresponde a la Administración autora del acto, si bien como partes codemandantes pueden intervenir quienes tuvieren interés directo en la anulación.

b) Legitimación pasiva. Corresponde a quienes tengan interés en mantener el acto declarado lesivo por derivarse a su favor derechos o intereses legítimos.

c) Plazo de interposición. Artículo 46.5 LJCA: “El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.”

d) Desde el punto de vista procedimental, destacan dos especialidades:

Artículo 45.4 LJCA: “El recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1 , que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán en todo caso la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos de las letras a) y d) del apartado 2 de este artículo”.

Artículo 49.6 LJCA: “El emplazamiento de los demandados en el recurso de lesividad se efectuará personalmente por plazo de nueve días.”

## **LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

La revocación consiste en la eliminación de un acto administrativo por la propia Administración autora del acto por motivos de oportunidad.

La LRJAP ha sido la que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico ha dedicado un apartado especial a la revocación de actos administrativos, en concreto en su Artículo 105, que dispone: “1. Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”

Además del régimen general contenido en la Ley 30/1992, García de Enterría señala los siguientes supuestos especiales de revocación:

a) La inexistencia de una regulación general que posibilite la revocación de actos por razones de oportunidad ha dado lugar a que en la práctica hayan proliferado las “reservas de revocación” o cláusulas accesorias que en determinados actos negociales garantizan a la Administración la posibilidad de revocación cuando así lo exija el interés público.

Según García de Enterría tales cláusulas son improcedentes cuando el acto o negocio en el que se insertan resulta del ejercicio de una potestad reglada. Si la potestad es discrecional, la reserva de revocación será, en principio, admisible, siempre que se acompañe la previsión de una indemnización a favor del beneficiario del acto. Si la finalidad de la reserva es excluir la indemnización garantizando la absoluta libertad revocatoria (cláusula de precario), sólo cabe admitirlas en casos excepcionales.

b) En los actos sujetos a condición, el incumplimiento de ésta justifica la revocación del acto (revocación sanción). Éste es el supuesto contemplado, por ejemplo, en el primer párrafo del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio

de 1955: “Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas (...).

c) Por último, alude el citado autor a las revocaciones indirectas, es decir, a todos aquellos supuestos en que un acto posterior modifica, desvirtúa o provoca la ineficacia en todo o en parte de otro anterior o de aquél que servía de base a éste último, a partir de una cobertura legal específica.

Para finalizar este punto debe hacerse una última consideración en relación a la regulación contenida en el párrafo segundo del artículo 105, y que se refiere a un supuesto diferente al de la revocación de actos que acabamos de analizar: la rectificación de errores. De acuerdo con el tenor literal del precepto: “Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”

Pues bien, la pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica la revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar cualquier posible equívoco.

La libertad de rectificación material plantea, sin embargo, ciertas dificultades en la medida en que la Administración puede intentar invocarla para, a través de ella, llegar a realizar verdaderas rectificaciones de concepto sin atenerse a los trámites rigurosos que establecen los artículos 102 y 103 LRJAP. El problema, en definitiva, radica en determinar las fronteras entre el error de hecho y el error de derecho.

En este punto tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado se muestran especialmente rigurosos para evitar el posible fraude de ley. Así, se viene negando el carácter de error de hecho cuando su apreciación implica un juicio valorativo, así como cuando exige una calificación jurídica, y en general a aquellas inexactitudes que no sean meros errores mecanográficos o aritméticos

## BIBLIOGRAFÍA.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ Y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Civitas 2003.

Ma Jesús Lorenzana Somoza

# **15. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y NATURALEZA. LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIOS INFORMADORES.**

## **TEMA 15.**

### **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y NATURALEZA. LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIOS INFORMADORES.**

En un Estado de Derecho, siguiendo a García de Enterría, debe existir un círculo de garantías del ciudadano frente a la Administración, entre ellas destaca todo el sistema de recursos administrativos y el control judicial, sin embargo y, como garantía preventiva para que dichos sistemas reactivos no entren en funcionamiento surge el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se configura así como una garantía del ciudadano frente a la Administración obligando a que la actuación de esta se canalice a través de un iter preconfigurado.

#### **1.-Concepto y naturaleza:**

La doctrina Kelseniana ha configurado una noción de procedimiento como iter jurídicamente regulado a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente, una norma) produce efectos jurídicos en un plano inferior (generalmente a través de un acto aplicativo singular).

Conectando tal noción con el hecho de que la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y con sometimiento pleno a la ley al derecho; entendiendo este sometimiento a la ley de acuerdo con la moderna formulación del principio de legalidad de la Administración como circunscripción de sus potestades a las que el ordenamiento le confiere expresamente, el concepto de procedimiento

administrativo no ofrece dudas, siendo aquel por medio del cual la Administración hace efectivo el mandato o la habilitación obrante en una ley actuando en cada caso concreto para producir actos o reglamentos.

La Exposición de Motivos de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que se refería a aquél, como *“el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la consecución de un fin”*.

Materialmente, todo procedimiento administrativo aparece como una sucesión de actos, que tanto pueden provenir de la Administración como de los administrados, y que finalmente confluyen para dar lugar a un acto definitivo o resolución, que pondrá término al propio procedimiento determinando el sentido de la voluntad administrativa en el caso concreto.

Los autores, no obstante, no han alcanzado una postura unánime en lo tocante a la relación entre los distintos actos singulares que integran el procedimiento y el acto definitivo o resolución que le pone término, generándose en torno a tal extremo una dualidad de posturas acerca de la naturaleza del procedimiento administrativo.

Una primera postura viene sosteniendo que el procedimiento administrativo es un complejo de actos, es decir, una sucesión ordenada de actuaciones que conducen, de acuerdo con un íter jurídicamente regulado, a la adopción de una decisión. De este modo, cada uno de los concretos actos que integran el procedimiento posee su propia sustantividad y autonomía, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final.



Una segunda tesis, sin embargo, ha venido concibiendo el procedimiento administrativo no como un complejo de actos, sino como un acto complejo, de modo que los distintos trámites que lo integran no tienen otro fin que el de procurar la progresiva y gradual conformación de la voluntad administrativa, cuya exteriorización se halla exclusivamente en el acto definitivo o resolución, resultante, pues, de la agregación unitaria de la función y del contenido de todos y de cada uno de los trámites precedentes.

El propio Derecho positivo español no ha sido ajeno a la cuestión de la relación entre los distintos actos que integran el procedimiento y el acto definitivo o resolución, en particular por lo que concierne al más relevante de los problemas que dicha cuestión plantea, cual es el del régimen de impugnación de tales actos de trámite, reconducible a la determinación de si éstos son o no susceptibles de recurso separado e independiente del que eventualmente resulte posible contra la resolución final.

La tesis que ha terminado prevaleciendo en nuestro Derecho, plasmada tanto en la LRJPAC, como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es la de la no posibilidad de impugnación de los actos de trámite salvo en determinados supuestos cualificados, definidos como aquellos que ponen fin al procedimiento, determinan la imposibilidad de continuarlo o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, supuestos en los cuales se permite, pues, la impugnación de tales actos con carácter previo e independiente a la de la resolución final que eventualmente pudiera recaer.

La instauración de un procedimiento administrativo, es decir, la reglamentación de los trámites que Administración ha de observar para

formar su voluntad y decidir en cada caso concreto tiende a dos finalidades básicas.

Es con Merkl cuando el procedimiento trasciende la esfera de lo judicial y se encuadra dentro de la teoría general del derecho, siendo el judicial, el administrativo o el legislativo simples concreciones

Si el procedimiento judicial tiene como finalidad la satisfacción de las pretensiones de parte, el administrativo constituye una garantía de los derechos de los administrados, pero no agota ahí su finalidad sino que busca también la satisfacción del interés general y la participación de los ciudadanos en todos los asuntos públicos y en especial en la determinación de aquello que se entiende por interés general.

El primero de los fines del procedimiento administrativo es así el de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la decisión de la Administración.

A tal efecto, el procedimiento incorpora el conjunto de trámites y garantías que se estiman necesarios para asegurar que la decisión que se adopte en su seno se muestre al tiempo como plenamente conforme a la ley aplicable y como idónea para servir a los fines de interés general que la Administración debe tutelar.

La función de garantía del procedimiento administrativo exige que los actos administrativos se produzcan siempre de acuerdo con el mismo, tal y como se señala en el artículo 53.1 de la LRJPAC; siendo el incumplimiento del

procedimiento una causa de nulidad del acto administrativo, según el artículo 62.1 de la Ley.

El segundo de sus fines es el de procurar la participación de los ciudadanos y, en términos más generales, la democratización de las decisiones públicas, imperativo que el funcionamiento de las cámaras legislativas, por su carácter intermitente y su circunscripción a los grandes asuntos, dista de poder satisfacer.

Esta democratización de los cauces de decisión administrativa se apunta ya en el Texto Constitucional cuando en el artículo 105 garantiza la audiencia a los ciudadanos en el proceso administrativo, incluyendo la elaboración de las disposiciones generales, así mismo, el artículo 23 reconoce el derecho a participar en los asuntos públicos, no solo a través de los representantes libremente elegidos, sino también de forma directa, lo que alude necesariamente al procedimiento por el que dichos asuntos se gestionan.

## **LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

La regulación de un procedimiento administrativo unitario, de aplicación a todas las Administraciones Públicas, es cometido que el legislador constituyente ha conferido al Estado, señalando en este sentido el artículo 149.1.18ª de la Constitución que es competencia exclusiva del Estado la regulación del “*procedimiento administrativo común*”. En consecuencia, y a diferencia de lo que sucede con el resto del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, extremo sobre el cual la competencia estatal se

circunscribe a la formulación de bases, respecto del procedimiento administrativo la competencia estatal es plena y no limitada al estricto nivel de bases.

Con todo, la competencia estatal para definir el régimen aplicable al procedimiento administrativo halla una primera modulación en la competencia autonómica para fijar la organización de su propio aparato administrativo, comprendida dentro de su genérica potestad de organización de sus instituciones de autogobierno, pues es evidente que dicha atribución ha de desplegar necesariamente una cierta incidencia sobre el procedimiento administrativo (por ejemplo, la determinación del órgano competente para entender de cada una de las fases o etapas de procedimiento). Por tal razón, la propia Constitución, luego de establecer la competencia estatal para fijar el régimen jurídico de procedimiento administrativo común, añade *“sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”*.

El TC, por su parte, ha señalado igualmente que las normas procedimentales no pueden dejar de reflejar extremos ligados al régimen sustantivo aplicable al ámbito de que se trate, cuya definición puede corresponder a la respectiva comunidad autónoma, por lo que ha de dejarse a salvo la posibilidad de la incidencia de las correspondientes normas autonómicas sobre la regulación del procedimiento administrativo en tales supuestos, como será el caso de la definición, por ejemplo, de los requisitos a acreditar para la obtención de una autorización y de la forma de proceder a dicha acreditación.

La Constitución, como se ha señalado, califica al procedimiento administrativo cuya regulación corresponde al Estado como “común”,

expresión que, primariamente, implica su aplicación a la totalidad de las Administraciones Públicas. Es precisamente esta aplicabilidad general la que constituye, desde una perspectiva material o sustantiva, el fundamento o la razón esencial del otorgamiento al Estado de la atribución para definir normativamente la regulación del procedimiento administrativo, pues por virtud de aquella se garantiza la existencia de trámites comunes a la totalidad de las organizaciones administrativas que aseguran la igualdad de trato de los administrados ante las mismas y facilitan y agilizan, al tiempo, su comunicación recíproca, en aras a la eficacia administrativa.

La materialización legal de tal competencia estatal se ha producido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC ).

**El contenido** de la Ley puede sintetizarse atendiendo a su propia estructura en Títulos:

**Título Preliminar:** junto al objeto y ámbito de aplicación se regulan los “principios generales” aplicables a todas las Administraciones Públicas: partiendo del artículo 103 CE, concreta otros aplicables a las relaciones entre administraciones y con los ciudadanos. Se establece la personalidad jurídica única de cada Administración en el cumplimiento de sus fines y la dirección por el Gobierno respectivo como institución política diferenciada.

**Título I.** Se dedica a las relaciones ínter administrativas, sobre todo entre la estatal y la autonómica, dado que el régimen jurídico de las Entidades Locales cuenta con su propia regulación en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, teniendo la LRJPAC carácter supletorio a estos efectos.

**Título II.** Regula los órganos de las Administraciones Públicas, su organización y competencia (competencia, delegación, avocación, comunicaciones, órganos colegiados y su régimen etc).

**Título III.** Regula la figura del interesado en el procedimiento administrativo, titular de derechos e intereses, no solo directos sino “legítimos” (artículo 31). Se regula la capacidad de obrar, la representación, identificación y la existencia de una pluralidad de interesados.

**Título IV.** Bajo la rúbrica “De la actividad de las Administraciones Públicas” se regulan, por una parte, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones. **Título V.** Establece los principios y régimen sustantivo “de las disposiciones y los actos administrativos”: jerarquía, competencia, requisitos y motivación, validez y eficacia, nulidad y anulabilidad, etc.

**Título VI.** Se dedica específicamente, en primer lugar, a la forma de los actos administrativos y, en segundo lugar a la llamada potestad de autotutela de la Administración: las relativas a la ejecutividad y ejecución forzosa de los actos administrativos.

**Título VII.** Regula la revisión de los actos en vía administrativa, tanto de oficio como a través de los recursos administrativos.

**Título VIII.** Contiene el régimen de las reclamaciones ante la Administración como requisito previo al ejercicio de las acciones civiles y laborales ante los tribunales.

**Título IX.** Regula la potestad sancionadora. Contiene los principios aplicables, inspirados en buena medida por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, que el tribunal Constitucional ha declarado extensible al derecho Administrativo sancionador. La LRJPAC regula los principios de legalidad, irretroactividad tipicidad, proporcionalidad, responsabilidad, prescripción y *non bis in idem*. Se regula asimismo el procedimiento sancionador o, más bien, los principios del mismo, a falta de su concreción para cada Administración y materia.

**Título X.** Regula la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio. De acuerdo con la Constitución (art. 106.2) configura un sistema de responsabilidad objetiva (exenta de la idea de culpa), pues para que surja el derecho de los particulares a ser indemnizados basta que la lesión sea “consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”(art. 139), excepto en caso de fuerza mayor. Es indemnizable el daño que el particular “no tenga el deber jurídico de soportar” (art. 141) y que sea “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (139.2).

La responsabilidad es, además, directa, en cuanto “los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio” y ésta “cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves” (145.1 y 2 LRJPAC).

***Ámbito de aplicación:***

Desde la perspectiva de su ámbito objetivo, el artículo 1 de la Ley señala que *“La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y en el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas”*.

Así pues, la Ley asume un triple cometido: definir el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, reglamentar el procedimiento administrativo común y disciplinar el régimen de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

El régimen jurídico de las Administraciones Públicas comprende la definición de los principios que determinan su función y su posición en el ordenamiento jurídico y que presiden sus relaciones recíprocas. Como deriva del propio texto constitucional, no obstante, dicha disciplina se formula por la LRJPAC a nivel de bases y, por ello, no impide la existencia de regímenes jurídicos de contenido más específico aplicables a cada una de las distintas Administraciones, estatales, locales o autonómicas.

La regulación del procedimiento administrativo común, por su parte, no se reduce, ha señalado el propio TC, a la del procedimiento que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos), pues en esta competencia deben incluirse también los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento (STC 227/1988), sin que, sin embargo, de ello pueda deducirse que forme parte de esta materia competencial toda regulación que de forma



indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto.

Con todo ha de considerarse que los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos se regirán por la Ley General Tributaria, por las leyes propias de cada tributo y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación y sólo en su defecto regirán supletoriamente las disposiciones de la LRJPAC, lo que se aplica igualmente a la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria (Disposición Adicional Quinta). Del mismo modo, la impugnación de los actos en materia de Seguridad Social y desempleo, en los términos previstos por la Ley de Procedimiento Laboral, así como su revisión de oficio se regirán por lo dispuesto en dicha ley y los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social se regirán por lo dispuesto en su normativa específica (Disposición Adicional Sexta).

Los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de la LRJPAC (Disposición Adicional Séptima). Los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la LRJPAC (Disposición Adicional Octava).

Por último, los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y

disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la LRJPAC (Disposición Adicional Undécima).

Finalmente, la LRJPAC se ocupa de establecer el régimen de responsabilidad aplicable a las Administraciones Públicas, expresión ésta, sin embargo, claramente equívoca, pues la responsabilidad a la que la ley alude es exclusivamente la responsabilidad extracontractual por daños, y no, pues, otro tipo de responsabilidades, como la responsabilidad contractual o la responsabilidad civil derivada de la comisión de ilícitos penales por los agentes administrativos, cuya regulación se halla en otras normas.

Desde la perspectiva de su ámbito subjetivo, el artículo 2 de la LRJPAC señala que:

*“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:*

*A) La Administración General del Estado.*

*B) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.*

*C) Las entidades que integran la Administración local.*

*2. Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.*

En consecuencia, la Ley, como no podía ser de otro modo, define su ámbito de aplicación, en primer término, en relación a las Administraciones territoriales, estatal, autonómica y local.

En segundo lugar, no obstante, la Ley se hace igualmente extensiva a la denominada Administración institucional, noción dogmática que el legislador interpreta a través de la concurrencia de tres requisitos que hacen a las respectivas entidades merecedoras del concepto de Administraciones Públicas. Tales son:

**- *Tratarse de entidades de Derecho público.***

La noción de entidad de Derecho público alude a la forma de personificación del ente respectivo, es decir, al hecho de revestir éste una de las formas de personificación propias del Derecho público. Como consecuencia, se excluyen del concepto de Administraciones Públicas las entidades de Derecho privado, es decir, aquéllas que revisten formas de personificación propias del Derecho privado, tales como las sociedades o las fundaciones.

**- *Ostentar una personalidad jurídica propia***, es decir, ser capaces de constituir el centro de imputación de relaciones jurídicas con terceros.

**-*Hallarse vinculadas o ser dependientes de una Administración territorial.***

Tal vinculación o dependencia es consecuencia necesaria de la nota de instrumentalidad propia de los entes institucionales, que se crean y actúan como instrumentos de una Administración territorial para alcanzar mayor eficacia en la consecución de sus fines aplicando el principio de la descentralización funcional. Tras toda Administración institucional, pues, debe hallarse una Administraciones territoriales, instituyéndose entre una y otra un vínculo tutelar que garantiza la sujeción de la actuación del ente institucional

a las directrices y a los fines propios de la Administración territorial respectiva, lo que se manifiesta en potestades o prerrogativas tales como el nombramiento de sus órganos directivos, la potestad de resolución de los recursos contra sus actos y otros de naturaleza análoga.

El legislador ha sido consciente, sin embargo, de que los entes institucionales actúan ordinariamente con una doble capacidad jurídica, tanto de Derecho público, cuando ejercitan auténticos poderes públicos o potestades administrativas, como de Derecho privado, cuando actúan como meros sujetos privados o particulares, sin ostentación, pues, de prerrogativa alguna. De ahí el inciso final del precepto, que circunscribe la aplicación de la legislación administrativa a los casos en que actúen auténticas potestades administrativas, remitiéndose para los restantes a su normativa específica.

El artículo 2 de la LRJPAC no alude a la Administración corporativa, a la que sí se refiere, sin embargo, su Disposición Transitoria Primera, que señala que *"Las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda"*.

Es esta última expresión, *"en lo que proceda"*, la que da la medida real de la aplicación de la LRJPAC a tales entes, pues la nota que institucionalmente los define es la conjunción de una naturaleza tanto pública como privada, pues siendo en su base u origen meras asociaciones de particulares, aquéllas resultan depositarias, al tiempo, de ciertas potestades públicas conferidas por el Estado, de modo que únicamente en los supuestos en los que actúen ejercitando tales potestades y se manifiesten, pues, como

genuinos poderes públicos, la legislación administrativa les resultará de aplicación

## **LOS PRINCIPIOS INFORMADORES**

El examen doctrinal del procedimiento administrativo suele iniciarse señalando un conjunto de principios generales cuya virtualidad estriba en mostrar las grandes tendencias u orientaciones que mueven al legislador al definir la regulación concreta de dicha institución, evidenciando, por ello, aquéllos de modo especialmente gráfico la completa instrumentalidad de las concretas soluciones adoptadas en cuanto meros medios tendentes a aplicar o hacer efectivas grandes directrices políticas o administrativas en la regulación del actuar de la Administración.

La enumeración de los concretos principios generales que deben estimarse como tales varía de unos autores a otros, si bien existe un consenso general en torno a la necesaria concepción como tales de los que se enumeran a continuación:

### ***1.-Principio de legalidad.***

A lo largo de la historia el principio de legalidad se ha entendido de forma distinta, así en su planteamiento inicial, propio de la teoría francesa de separación de poderes en su sentido más estricto, la Administración se limitaba a una ejecución material del contenido legal sin que se apreciase margen alguno de voluntad o autonomía administrativa.

Posteriormente la ejecución material de la Ley se vinculó a la consecución de fines públicos reconociendo un marco de autonomía subjetiva de la Administración pero dentro del límite marcado por la Ley, de modo que la Administración podría realizar todo aquello que no se le prohibiera expresamente. Esta teoría se conoce como de vinculación negativa a la Ley.

Actualmente, la teoría que prevalece es la de la vinculación positiva a la ley, en la que se reconoce un ámbito de actuación discrecional de la Administración Pública pero siempre dentro de unos parámetros legales, es decir, el obrar discrecional de la Administración sólo es posible dentro de la Ley y cuando esta expresamente lo permite, puesto que, de lo contrario hablaríamos de arbitrariedad y no de discrecionalidad administrativa.

La Ley 30/1992, en su artículo 3.1 dispone, de conformidad con el art. 103 CE 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".

El principio de legalidad es, obviamente, el primero de los principios del procedimiento administrativo, como lo es del total actuar de la Administración. El procedimiento administrativo es, en consecuencia, y al tiempo, garantía de la legalidad administrativa y medio concreto para su aplicación en el actuar de la administración.

## ***2.-Principio de impulso de oficio.***

El procedimiento administrativo, como cualquier otro, aparece como un conjunto de actos cuya sucesión en el tiempo determina su avance desde su inicio hasta su terminación a través de sus distintas fases o etapas.

En consideración a los fines públicos que, por definición, todo procedimiento administrativo ha de perseguir, el legislador ha impuesto la vigencia de un principio de impulso de oficio en su tramitación, de modo que es la propia Administración que tramita el procedimiento la que debe cuidar de oficio de que éste avance a través de sus distintas fases o etapas una vez que concurran los requisitos legales necesarios para ello, sin que tal carga corresponda a los administrados.

Tal principio se halla refrendado explícitamente a nivel positivo por el artículo 74.1 de la LRJPAC, que señala que el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites, de modo que terminada una de sus fases o etapas, la Administración debe necesariamente disponer lo necesario para la apertura de la que le siga, con independencia de la eventual omisión o inactividad de los interesados.

### ***3.-Principio de oficialidad***

Con idéntico fundamento al impulso de oficio, es decir, la tutela de los intereses públicos que todo procedimiento administrativo ha de perseguir, la ley impone la oficialidad como principio inspirador de su tramitación, de modo que los trámites que lo integran, en la medida en que se revelen necesarios para alcanzar su fin, deben ser acordados y practicados de oficio por la Administración, con independencia de la actitud que adopten los eventuales interesados.

Así, el artículo 78.1 de la LRJPAC dispone que *“Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los*

*interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos", añadiendo el artículo 80.2 que "Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes".*

#### **4.-Principio de contradicción**

Todo procedimiento administrativo debe tramitarse contradictoriamente, es decir, ponderando la totalidad de los intereses implicados y dando audiencia, a tal efecto, a sus eventuales titulares.

Como medios para garantizar la vigencia de tal principio puede enumerarse la posibilidad que el artículo 79.1 de la LRJPAC confiere los interesados de, previamente al trámite de audiencia, realizar cuantas alegaciones y aportar cuantos documentos consideren procedentes, debiendo el órgano competente tomarlos en consideración al redactar la correspondiente propuesta de resolución, o la de participar en la práctica de las pruebas que el órgano instructor haya acordado, los términos del artículo 81.

No obstante, el medio esencial a través del cual se hace efectivo el principio de contradicción en el procedimiento administrativo es, sin duda, el trámite de audiencia a que alude el artículo 84 de la LRJPAC, pues a través de éste el interesado puede hacer valer su posición una vez incorporados al procedimiento la totalidad de los elementos que el órgano competente habrá de ponderar para adoptar una decisión.



Ahora bien, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la omisión de la regla de la contradicción sólo tiene una virtualidad anulatoria de la actividad administrativa en aquellos casos en que produce una minoración real o material del derecho de defensa del que tal principio es mera derivación, por lo que la mera omisión de trámites formales, como el propio trámite de audiencia, carecerá de tal eficacia invalidatoria a condición de que no haya causado una real y auténtica indefensión. Tal es la razón por la cual el apartado 4 del artículo 84 de la LRJPAC señala que *"Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado"*.

### **5.-Principio de celeridad.**

Por consistir el procedimiento administrativo en una sucesión ordenada de actos en el tiempo, es evidente que en su tramitación ha de invertirse necesariamente un cierto lapso de tiempo. No obstante, y a fin de evitar innecesarias dilaciones que pudieran aplazar la satisfacción del interés público o general que el procedimiento debe necesariamente perseguir, el legislador ha impuesto un principio de celeridad en su tramitación, de manera que tal lapso sea exclusivamente el necesario para atender a la cumplimentación de los distintos trámites, sin dilaciones indebidas o innecesarias. De este modo, el artículo 74.1 de la LRJPAC señala que el procedimiento se haya sometido al principio de celeridad, y, a tal fin, el artículo 75 establece como medios los del acuerdo en un solo acto de todos aquellos trámites que admitan una impulsión simultánea y no sean de forzosa realización sucesiva y la indicación en las comunicaciones entre órganos administrativos del plazo legalmente

fijado al órgano requerido para cumplimentar el trámite solicitado por el requirente.

### ***6.-Principio de gratuidad.***

Por regla general, el procedimiento administrativo es gratuito, es decir, no comporta la necesidad de pago alguno de cantidades a la Administración por su inicio o tramitación por parte de los interesados. De ahí que no se exijan en el procedimiento administrativo requisitos de postulación, pudiendo los interesados comparecer por sí mismos y sin necesidad de asistencia letrada.

Ello, no obstante, debe entenderse sin perjuicio de los derechos económicos devengados en favor de la Administración por actuaciones concretas realizadas a instancia e interés del administrado, como la expedición de copias o certificaciones de documentos, como explícitamente indica el artículo 37 de la LRJPAC, o la práctica de pruebas instadas por el interesado (art. 80)

### ***7.-Principio de imparcialidad.***

El artículo 103.1 de la Constitución española señala que la Administración sirve con objetividad los intereses generales.

Tal directiva de objetividad, sin embargo, pudiera verse gravemente comprometida de tolerar la intervención en el procedimiento de funcionarios u otros agentes al servicio de la Administración cuando en éstos concurren circunstancias que humanamente pueden torcer su necesaria rectitud de

juicio. A tal fin se instauran y disciplinan las causas de abstención y recusación, cuya finalidad o designio último es garantizar la imparcialidad del agente administrativo y, por ende, y en último término, la propia independencia de la Administración.

Las causas de abstención y recusación se hallan reguladas en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

Conforme al art. 28.1 de la LRJPAC, *“Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente”*.

Son **motivos de abstención** los siguientes (art. 28.2):

A) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

B) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

C) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

D) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

E) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido (art. 28.3), pero la no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad (art. 28.5).

Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente (art. 28.4).

En los mismos casos señalados podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento (art. 29.1).

La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos (art. 29.2, 3 y 4).

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento (art. 29.5).

**8.-Principio de antiformalismo.** Los interesados deben cumplir con una serie de exigencias en su obrar frente a la administración, si bien se admite la subsanación de errores y omisiones (arts. 70 y 71 Ley 30/1992). Y en cuanto a las comunicaciones entre órganos, la LRJ-PAC establece, por un lado, en el art. 19.1 que "la comunicación entre los órganos administrativos pertenecientes a una misma Administración Pública se efectuará siempre directamente, sin traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios", y por otro, en el art. 19.2 que "las comunicaciones entre los órganos administrativos podrán efectuarse por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción".

**9.-Principio de audiencia.** La legislación aboga por la concesión de un trámite de audiencia, salvo en supuestos concretos (art. 84 LRJ-PAC), consagrado también por el art. 105.c) CE, también el derecho comunitario exige la observación de este principio (STJCE de 13 de febrero de 1979). También hay que destacar el reconocimiento del derecho de participación a través del trámite de información pública (art. 86 Ley 30/1992), así como el derecho a presentar alegaciones (art. 35.e) y 79)

**10.-Principio de publicidad.** Dentro de dicho principio podemos encuadrar diversos derechos subjetivos de los administrados, entre ellos, el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (art. 37) y en los derechos a conocer el estado de la tramitación del procedimiento (art. 35.a), a identificar a la autoridad o personal que lo tramita (art. 35.b) y a ser informado de los requisitos exigidos para presentar las solicitudes (art. 35.g).

**11.- Principio de reconocimiento de medios de revisión o impugnación de los actos administrativos.** Que se concreta en la regulación de los recursos administrativos.

**12.-Principios de menor onerosidad y de proporcionalidad.** En su función de ejecución de la actuación administrativa la Administración está sometida al previo apercibimiento antes de la imposición de la medida de ejecución forzosa que, en todo caso ha de ser proporcional con los objetivos del acto administrativo sin que se provoquen al administrado daños superfluos e innecesarios para la ejecución del daño. (arts. 96 y ss. Ley 30/1992)

**13.-Principio de cooficialidad lingüística.** En el se prevé la posibilidad de utilizar en su relación con la Administración Pública cualquiera de los idiomas oficiales existentes en el ámbito administrativo concreto. Se encuentra en los arts. 35.d) y 36 de la Ley 30/1992.

**14.-Principios de congruencia y de prohibición de la "reformatio in peius".** Aparecen recogidos en los arts. 89.2 y 113.3 de la Ley 30/1992, en cuanto que la resolución será congruente con las peticiones formuladas por los interesados (principio de congruencia), sin que en ningún caso pueda la Administración agravar su situación inicial (principio de prohibición de la "reformatio in peius"), sea en la resolución del procedimiento o en la resolución del recurso.

**15.- Principio de responsabilidad de las Administraciones públicas y del personal a su servicio.** Es un derecho de los ciudadanos (art. 35.j) de la Ley 30/1992) y cuyo procedimiento de exigencia de responsabilidad se regula en el Título X de la LRJ-PAC. Por otra parte, se encuentran manifestaciones en esta Ley, prácticamente, en cada uno de los trámites procedimentales, en los que aparece una llamada a la

responsabilidad en que incurre el funcionario al que sea imputable su incumplimiento (arts. 41, 42.7, 74.2, 79.2, y 83.3, entre otros).

MARÍA ISABEL NOVO CASTRO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA.

#### BIBLIOGRAFÍA:

ALENZA GARCÍA J.F. Y RAZQUÍN LIZARRAGA, *Organización y procedimiento administrativo*, Editorial Aranzadi, 2007

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid 2002

SANTAMARÍA PASTOR, J.F. *Principios de Derecho Administrativo II*, Iustel, Madrid, 2009



## **16. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN Y TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO.**



## **TEMA 16**

### **FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN Y TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO.**

#### **FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN Y TERMINACIÓN.**

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), regula en su Título VI, rubricado “De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”, las fases del mismo en cinco capítulos distintos: iniciación, ordenación, instrucción, finalización del procedimiento y ejecución.

Siguiendo a HUESCA BOADILLA<sup>1</sup>, cabe indicar que la normativa contenida en ese título responde, al igual que la anterior incluida en el título IV de la LPA, al llamado procedimiento no formalizado. Con la expresión procedimiento formalizado, como contrapuesta a no formalizado, se está haciendo referencia a aquellos procedimientos cuya tramitación viene perfectamente establecida en el Derecho positivo, no pudiendo la Administración apartarse, en absoluto, de ella, o lo que es lo mismo, la Administración tiene que cumplir con todos y cada uno de los trámites establecidos en la norma<sup>2</sup>. Un ejemplo típico de procedimiento formalizado es el procedimiento sancionador. Por contra, en los no formalizados, el instructor del expediente tiene libertad para fijar la tramitación del procedimiento a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Como ha razonado GONZÁLEZ PÉREZ<sup>3</sup>, «no es que aquí el instructor pueda actuar arbitrariamente, prescindiendo, en absoluto, de la forma, sino que

---

<sup>1</sup> HUESCA BOADILLA, R., Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.

<sup>2</sup> Clasificación de GONZÁLEZ NAVARRO, citada por HUESCA BOADILLA.

<sup>3</sup> Citado por HUESCA BOADILLA.

no está sujeto a unos trámites preclusivos que haya de cumplir rígidamente».

La exposición de motivos de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo ratifica plenamente esa tesis al señalar que: «El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. Sin embargo, no toda la actividad que se desarrolla en el procedimiento se encuentra en un mismo plano. La actuación administrativa se descompone en actos de naturaleza distinta según la función que los mismos vengan a cumplir en el procedimiento. La Ley ha huido por ello de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo, y, en consecuencia, no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso, según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate. De este modo la preclusión, piedra angular de los formalistas procedimientos judiciales, queda reducida al mínimo, dotándose al procedimiento de la agilidad y eficacia que demanda la Administración moderna.»

Las disposiciones contenidas en el título VI de la LRJPAC no regulan estrictamente un procedimiento, sino que implican una serie de normas o herramientas a disposición del instructor del mismo, que podrá utilizar o no, teniendo, en este sentido, el carácter de un procedimiento no formalizado<sup>4</sup>.

## **INICIACIÓN**

### **I. Introducción**

El artículo 68, de la LRJPAC, “Clases de iniciación”, establece que “los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada”.

---

<sup>4</sup> HUESCA BOADILLA, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1986, ponente GONZÁLEZ NAVARRO.

Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>5</sup>, la Ley no dice, naturalmente, ni puede decir, dado que opera desde una perspectiva general, en qué caso puede iniciarse de oficio un procedimiento administrativo y cuándo puede iniciarse a instancia de parte interesada, cuestión ésta que depende, lógicamente, de la clase de procedimiento de que se trate y de la concreta situación jurídica en que se encuentre el administrado respecto a su eventual objeto. Añaden que hay que advertir que no todos los procedimientos pueden iniciarse de oficio, ya que hay sectores de actividad que están articulados técnicamente en torno al principio de rogación, de forma que la solicitud del particular es presupuesto necesario de la incoación misma del procedimiento y su desarrollo posterior. La existencia de una solicitud del administrado no es suficiente tampoco en todos los casos para que el procedimiento se inicie.

## II. Iniciación de oficio

El artículo 69 de la LRJPAC regula la “Iniciación de oficio”, disponiendo que:

“1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

El acto que inicia el procedimiento de oficio es un acto de trámite. Los actos de trámite no son, con carácter general, susceptibles de impugnación. Así lo dispone el artículo 107.1 LRJPAC que señala: “Contra las resoluciones y los actos 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 e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley. La oposición a los restantes actos de trámite

---

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: Curso de derecho administrativo II, Editorial Aranzadi décima edición, Cizur Menor 2006.

podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento”.

Podemos destacar que la denuncia se conceptúa por GONZÁLEZ PÉREZ<sup>6</sup> como “un acto del particular por el que se pone en conocimiento del órgano administrativo hechos que determinarán la incoación de un procedimiento administrativo.

Las notas que definen la naturaleza jurídica de la denuncia son las siguientes<sup>7</sup>:

- Ser un acto del particular. Se suele catalogar por la doctrina entre los supuestos de colaboración de los administrados a la función administrativa.
- Se limita a poner en conocimiento del órgano administrativo hechos que obligan a la Administración a actuar. De aquí que la denuncia cumpla una función de constatación de hechos, de vehículo para que lleguen a conocimiento de la Administración ciertos hechos.

El apartado 2 del artículo 69 dispone: “Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

Esta previsión va a entrar en juego fundamentalmente cuando se formule una denuncia. En este caso, el órgano competente para acordar la iniciación de oficio del procedimiento, a través de esa información previa, deberá determinar si existe una base racional para admitir la misma<sup>8</sup>.

### III. Solicitudes de iniciación

Como dice GONZÁLEZ PÉREZ<sup>9</sup>, la solicitud tiene plena virtualidad para poner en marcha el procedimiento, a diferencia de la denuncia que se limita a poner en conocimiento del órgano competente un hecho que puede determinar la iniciación del procedimiento.

---

<sup>6</sup> Citado por HUESCA BOADILLA.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PEREZ, citado por HUESCA BOADILLA.

<sup>8</sup> HUESCA BOADILLA.

<sup>9</sup> Citado por HUESCA BOADILLA.

Para LÓPEZ NIETO<sup>10</sup> el escrito de iniciación del procedimiento es aquél en que un particular solicita del órgano competente que, previa la apertura y tramitación del oportuno expediente, dicte resolución decidiendo sobre la pretensión que se deduzca.

El artículo 70, “Solicitudes de iniciación”, dispone en su número 1:

“1. Las solicitudes que se formulen deberán contener:

a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

b) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.

c) Lugar y fecha.

d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.

e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

De acuerdo con el artículo 70.2: “Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa”.

Podemos citar también que de acuerdo con el artículo 33 de la Ley «cuando en una solicitud, escrito o comunicación figuren varios interesados, las actuaciones a que den lugar se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado y, en su defecto, con el que figure en primer término.

El artículo 70.3 establece: “De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina”.

---

<sup>10</sup> Citado por HUESCA BOADILLA.

El apartado 4 del precepto hace referencia a que: “Las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas”.

“Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan”.

#### IV. Subsanación y mejora de la solicitud

La subsanación y mejora de la solicitud es una manifestación del principio antiformalista en la LRJPAC.

El artículo 71, “Subsanación y mejora de la solicitud”, dispone:

“1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42”.

“2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales”.

El artículo 71.3 indica que: “En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento”.

Con ello se admite la posibilidad de que el órgano examine los aspectos de fondo y no sólo de forma de la solicitud y pueda, si lo considera

oportuno, pedir al interesado que la complete o la mejore, todo ello para una mejor satisfacción de sus derechos<sup>11</sup>.

#### V. Declaración responsable y comunicación previa

El Artículo 71 bis, añadido por art. 2.3 de Ley 25/2009, de 22 diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se refiere a la “Declaración responsable y comunicación previa”, estableciendo:

“1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

---

<sup>11</sup> HUESCA BOADILLA.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica”.

#### VI. Medidas provisionales

La LRJPAC faculta al órgano competente para la adopción de las medidas provisionales que estime oportunas a fin de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han estudiado el problema de su constitucionalidad y entienden que la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezca por resolución en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no



sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso<sup>12</sup>.

El artículo 72 LRJPAC, “Medidas provisionales”, modificado por la Ley 4/1999, de 13 enero, establece:

“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

4. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

## VII. Acumulación

---

<sup>12</sup> HUESCA BOADILLA.

De acuerdo con el artículo 73 LRJPAC, “Acumulación”: “El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno”.

El efecto esencial de la acumulación es que las distintas cuestiones amuladas se resuelven en un solo procedimiento y se deciden en un solo acto<sup>13</sup>.

## **ORDENACIÓN**

### **I. Los actos de ordenación del procedimiento**

Los actos de ordenación del procedimiento son todos aquellos que tienen por objeto garantizar la ordinaria y regular sustanciación del mismo. Son el instrumento jurídico atribuido a los órganos administrativos para asegurar que la tramitación tenga lugar de conformidad con lo previsto en la Ley<sup>14</sup>. La ordenación no es una fase, o un estado, del procedimiento, sino una actividad o previsión legal de actuaciones, cuya finalidad es cumplimentar los requerimientos formales propios de cada una de las fases procesales<sup>15</sup>.

### **II. La impulsión de oficio**

La impulsión procesal consiste en aquella actividad que tiene por objeto el hacer pasar un proceso, sucesivamente, de una fase a otra a medida que sus trámites van siendo completados<sup>16</sup>.

Siguiendo a OLIVERA MASSÓ, "el procedimiento administrativo, en cuanto que es el cauce formal para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, está sujeto al principio de oficialidad. Tal principio exige de la Administración el desenvolvimiento por propia iniciativa e impulso, de las actividades necesarias para la consecución de los fines

---

<sup>13</sup> HUESCA BOADILLA.

<sup>14</sup> OLIVERA MASSÓ, P., Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.

<sup>15</sup> OLIVERA MASSÓ.

<sup>16</sup> OLIVERA MASSÓ.

públicos, con independencia de la colaboración o diligencia de los particulares afectados. La improrrogabilidad de tales fines, la eficacia que el artículo 103 de la Constitución exige en su satisfacción y el criterio de celeridad reconocido en el artículo 74.1 LRJPAC, impiden que el procedimiento administrativo pueda quedar a expensas de la impulsión de los particulares (...).

El artículo 74.1 LRJPAC establece: “El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites”.

Como indica OLIVERA MASSÓ, este principio de impulsión de oficio preside la regulación del procedimiento administrativo a través de toda la LRJPAC. Así, el artículo 3 reconoce el principio de eficacia en la actuación administrativa, la adopción por los jefes de las unidades administrativas de las medidas necesarias para evitar el retraso en la tramitación administrativa. El artículo 42 fija la obligación de resolver en un plazo máximo, so pena, nuevamente, de responsabilidad. El artículo 47 indica que los plazos vinculan al personal al servicio de Administración. Son, finalmente, muy numerosos los supuestos en los que la norma legal encomienda al órgano gestor la adopción de oficio de importantes trámites, como, por ejemplo, la incoación (art. 69), acumulación (art. 73), actos de instrucción (art. 78), apertura de prueba (art. 80), etc.

Presenta relación con esta cuestión el artículo 41.1 LRJPAC, “los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación”, quedando sujetos, en caso de incumplimiento, a responsabilidad disciplinaria.

### III. El despacho de procedimientos según su orden de incoación

De acuerdo con el artículo 74.2 LRJPAC: “En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”.

La doctrina destaca que la fundamentación de esta regla se encuentra en el principio de interdicción de la arbitrariedad, artículo 9 de la Constitución, así como en el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, requeridos por el artículo 103.1 de la norma fundamental<sup>17</sup>. Debe tenerse en cuenta que como se deduce del artículo 74.2, la infracción del orden de incoación no produce por sí la nulidad o anulabilidad del acto; así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de julio de 1982 entiende que la infracción del orden de incoación no invalida los expedientes y que en estos casos sólo cabe exigir responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de una posible responsabilidad penal.

#### IV. Celeridad

De acuerdo con el artículo 75 LRJPAC, “Celeridad”: 1. Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo”. “2. Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto”.

#### IV. Cumplimiento de trámites por los interesados

##### 1. Plazo para las actuaciones de los interesados

El artículo 76.1 LRJPAC establece: “Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto”.

##### 2. Subsanación de trámites por el interesado

El artículo 76.2 expresa: “Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”. La doctrina

---

<sup>17</sup> OLIVERA MASSÓ.

destaca que el precepto es manifestación del principio antiformalista y *pro actione* presente en la LRJPAC.

### 3. Efectos de la falta de subsanación por el interesado

El artículo 76.3 establece: “A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.

Siguiendo a OLIVERA MASSÓ, la falta de subsanación a la que se refiere este precepto tiene un íntimo parentesco con la institución de la caducidad del artículo 92 LRJPAC, pues esta última es una causa de terminación del procedimiento por paralización imputable a la falta de actuación del propio interesado. La inactividad del interesado en un trámite puede dar lugar o no a la caducidad del procedimiento según la naturaleza del propio trámite. Si la actuación del particular es indispensable para dictar resolución, su omisión dará lugar a la caducidad del expediente. Por el contrario, y como indica el artículo 92.3 LRJPAC: “No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar la resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite”. El autor citado infiere de los artículos 76.3 y 92.3 un reforzamiento de los principios de oficialidad y *pro actione*, que presiden el procedimiento, dado que la administración gestora ante la falta de subsanación y los defectos en la actuación del interesado, no puede liberarse del deber de resolver todos los asuntos suscitados en el expediente, que debe continuar, ordenando e instruyendo hasta dictar resolución.

### V. Cuestiones incidentales

Puede definirse la cuestión incidental como aquel procedimiento administrativo que se tramita para resolver controversias distintas de aquellas que constituyen el objeto del procedimiento principal, y que tiene

como finalidad decidir si concurren los presupuestos subjetivos, objetivos, formales o de otra índole del propio procedimiento principal<sup>18</sup>.

El artículo 77 LRJPAC dispone: “Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación”.

## **INSTRUCCIÓN**

### **I. Actos de instrucción**

Los actos de instrucción son aquellos que tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución.

La LRJPAC dispone en el artículo 78.1 que: “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”.

Añade el artículo 78.2: “Los resultados de los sondeos y encuestas de opinión que se incorporen a la instrucción de un procedimiento deberán reunir las garantías legalmente establecidas para estas técnicas de información así como la identificación técnica del procedimiento seguido para la obtención de estos resultados”.

### **II. Alegaciones**

De acuerdo con el artículo 79.1 LRJPAC, “Alegaciones”: “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”.

Cabe recordar que el artículo 35.e), que reconoce a los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, el derecho “a formular

---

<sup>18</sup> OLIVERA MASSÓ.

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”. Como indica PIQUERAS BAUTISTA<sup>19</sup>, el procedimiento administrativo no está sujeto a los formalismos de los procesos judiciales, por lo que las alegaciones no están sujetas a preclusión si no se practican en el período establecido para las mismas. De ahí que se permita, hasta el momento de la iniciación del trámite de audiencia, formular alegaciones y presentar documentos —sin que para estos últimos haya de esperarse al trámite de prueba— cuantas veces se estime conveniente.

Siguiendo a PIQUERAS BAUTISTA, la Ley dice que estas alegaciones y documentos han de ser tenidos en cuenta a la hora de redactar la propuesta de resolución, lo que no se puede confundir con estimación de las pretensiones del interesado. Lo único que la norma exige es que sean examinadas por la Administración, la cual podrá, a la vista de ellas, aceptar o no las mismas. Bastará que del texto de la resolución se desprenda inequívocamente que el órgano los ha tenido en cuenta. Si no los tuviere, sólo habría lugar a declarar la anulabilidad de las actuaciones si se hubiera producido indefensión (art. 63.2 LRJPAC).

El artículo 79.2 se refiere a la alegación de defectos en la tramitación: “En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria”.

### III. Prueba

#### 1. Medios de prueba

---

<sup>19</sup> PIQUERAS BAUTISTA, J.A., *Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.

El artículo 80.1 LRJPAC establece “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho”. El artículo 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, lista los siguientes: Interrogatorio de las partes; documentos públicos; documentos privados; dictamen de peritos; reconocimiento judicial; e interrogatorio de testigos. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el procedimiento. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, se admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

## 2. Necesidad de apertura del período de prueba y plazo para practicarlas

Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en el procedimiento administrativo la Administración está obligada a la satisfacción del interés general que todo procedimiento pone en juego. Rige, pues, con carácter general en el procedimiento administrativo el principio de la oficialidad de la prueba, según el cual el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución<sup>20</sup>. Así, de acuerdo con el artículo 80.2 LRJPAC: “Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue

---

<sup>20</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: Curso de derecho administrativo II, Editorial Aranzadi décima edición, Cizur Menor 2006



pertinentes”. Concluyen los autores citados que la simple contradicción sobre los hechos obliga, pues, a practicar las pruebas necesarias para determinar con exactitud los que hayan de tomarse como base para la resolución.

### 3. Rechazo de pruebas propuestas por los interesados

Según el artículo 80.3 LRJPAC: “El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.

Como indica PIQUERAS BAUTISTA, la falta de la práctica del período de prueba o la denegación de su apertura no supone prescindir total y absolutamente del procedimiento (sentencia de 7 de marzo de 1990), y sólo dará lugar a la anulabilidad si produce indefensión (sentencias de 18 de julio de 1989; 11 de febrero de 1990 y 13 de noviembre de 1989).

### 4. Práctica de prueba

Establece el artículo 81: “1. La Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas”.

“2. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan”.

### 5. Gastos de la prueba

Según el artículo 80.3: “En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos”.

### 6. Apreciación de la prueba

No existen criterios tasados de apreciación de las pruebas, por lo que la misma queda al criterio del instructor, si bien los Tribunales son libres para efectuar una apreciación diferente<sup>21</sup>.

#### IV. Informes

De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en el procedimiento administrativo los informes son declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto. No han de confundirse con la pruebas periciales que se practiquen por órganos administrativos<sup>22</sup>.

Desde el punto de vista de la obligatoriedad de su emisión, los informes pueden ser preceptivos o facultativos. De acuerdo con el artículo 82 LRJPAC: “1. A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos”. Destaca PIQUERAS BAUTISTA que los informes preceptivos, por tanto, son aquellos cuya solicitud es necesaria de acuerdo con la normativa que rige el procedimiento y que, en este caso, la omisión del informe constituye un vicio de nulidad como subraya una jurisprudencia constante, especialmente cuando se trata de dictámenes preceptivos del Consejo de Estado. Los facultativos son aquellos cuya solicitud se juzga necesaria para resolver. El artículo 83.1 de la Ley establece que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”. Desde el punto de vista de su fuerza o eficacia jurídica, los informes pueden ser vinculantes o no vinculantes. En el primer caso, la autoridad llamada a decidir está obligada a resolver en el sentido propuesto por el órgano consultivo, de cuyo informe no puede apartarse válidamente. El hecho de que un informe no sea vinculante no significa, sin embargo, que carezca de

---

<sup>21</sup> PIQUERAS BAUTISTA.

<sup>22</sup> PIQUERAS BAUTISTA.

todo valor. El artículo 54.1.c) LRJPAC exige que se motive expresamente todo acto o resolución administrativa que se aparte del criterio expresado en el informe o dictamen en cada caso emitido, lo que significa que sólo cuando existan buenas razones que lo justifiquen pueden los órganos activos apartarse válidamente de los informes que hayan sido sometidos por los órganos consultivos. Así lo tiene declarado la jurisprudencia, que precisa que aunque los informes de los órganos consultivos de la Administración no vinculan a la misma, tales informes merecen un determinado crédito de veracidad, dado el juicio de pericia o de apreciación de conocimientos técnicos que comportan (Sentencia de 2 de abril de 2002 ).

Por su parte, el artículo 82.2 indica que “en la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita”.

De acuerdo con el artículo 83, asimismo:

“2. Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor”.

“3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos”.

“4. Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución”.

## V. Participación de los interesados

### 1. Trámite de audiencia

De acuerdo con el artículo 84.1 LRJPAC: “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”.

Destacan GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que el artículo 84 no supone en absoluto una duplicación del artículo 79, que permite a los interesados con carácter general aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento. La funcionalidad del trámite de audiencia es diferente y su contenido no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses con base en lo actuado en el procedimiento. Así se desprende del tenor literal del artículo 84 que sitúa el trámite en la fase final del procedimiento («instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución»), con el fin de no sustraer a los interesados ninguna de las piezas o elementos integrantes de la tramitación.

En cuanto al plazo del trámite de audiencia, el artículo 84.2 establece: “Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”. Si bien, “Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite”, de acuerdo con el artículo 84.3 LRJPAC.

Asimismo, “se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”, como dice el artículo 84.4 LRJPAC.

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el carácter preceptivo del trámite de audiencia y vista y su condición de garantía esencial y primaria de los interesados justifica, en principio, que su

omisión se considere habitualmente como causa de nulidad de la resolución final. Debe tenerse presente, sin embargo, que la regla de medida de todos los vicios de procedimiento radica en la indefensión que de ellos pueda resultar para los afectados. Si la omisión del trámite no ha llegado a producir una indefensión real y efectiva, no simplemente formal o aparente, del interesado y, por otra parte, puede demostrarse que la decisión final hubiera tenido que ser la misma en todo caso, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver el fondo de la cuestión debatida en aplicación del principio de economía procesal. En este sentido es explícita la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## 2. Actuación de los interesados

De acuerdo con el artículo 85 LRJPAC:

“1. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.

2. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

3. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

## 3. Información pública

El trámite de información pública no es preceptivo, salvo que las normas de los diferentes sectores de la actividad administrativa lo impongan.

El artículo 86 LRJPAC establece:

“1. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública.

2. A tal efecto, se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma, o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde.

El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a veinte días.

3. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

4. Conforme a lo dispuesto en las leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos”.

## **TERMINACIÓN**

### **I. Disposiciones generales**

De acuerdo con el artículo 87 LRJPAC, “Terminación”:

“1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.

2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso”.

El Artículo 88 LRJPAC se refiere a la “terminación convencional” e indica:

“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de

finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos”.

## II. Resolución

De acuerdo con MARROQUÍN MOCHALES<sup>23</sup>, la resolución es el “acto administrativo en que se concreta la declaración de voluntad de la Administración, emitida en el ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria, y a que el ordenamiento jurídico atribuye la virtud de terminar el procedimiento”. La resolución es el modo normal de terminación del procedimiento. El artículo 89 LRJPAC regula el contenido de la resolución estableciendo:

“1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo.

Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no

---

<sup>23</sup> MARROQUÍN MOCHALES, J.R., *Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.

superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

3. Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

4. En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución.

5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

### III. Desistimiento y renuncia

El desistimiento y la renuncia son modos anormales de terminación del procedimiento. El desistimiento del procedimiento permite que se suscite en el futuro de nuevo el debate sobre la cuestión de fondo, lo que no es factible en el supuesto de renuncia al derecho que constituye el fundamento de la petición.

De acuerdo con el artículo 90 LRJPAC:

“1. Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos.

2. Si el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado”.



El artículo 91, “Medios y efectos”, añade:

“1. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia.

2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento”.

#### IV. Caducidad

El artículo 92 LRJPAC se refiere a la caducidad como forma anormal de terminación del procedimiento por paralización imputable al interesado.

El precepto establece:

“1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándoselo al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

2. No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.

3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

4. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”.

### **ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO**

De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, la LRJPAC proclamó en su Exposición de Motivos que ésta «introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo». Este afán de superación se afirmó a continuación descartando a priori cualquier posible interpretación del nuevo texto legal que pretendiera reducir el alcance del mismo a un mero cambio de la regla general en materia de silencio administrativo del silencio negativo al positivo. Dice la Exposición de Motivos: “El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”, garantía que es “exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo” y que “sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista”. De acuerdo con estos propósitos la LRJPAC en su redacción primera de 1992 eludió, incluso, el empleo de la expresión “silencio administrativo”, utilizando en su lugar la de “actos presuntos”, que entendía producidos, con el sentido estimatorio o desestimatorio que en cada caso fijaran las normas aplicables, por el mero transcurso del tiempo, lo cual supuso una rectificación frontal de la regulación anterior, según la cual, sólo el silencio positivo era equiparable al acto expreso, pues el negativo era una mera ficción legal de efectos puramente procesales. Las dificultades interpretativas de todo orden que la nueva regulación planteaba suscitaron la crítica unánime de la doctrina y dieron lugar finalmente a su rectificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Los autores citados destacan que la nueva redacción dada a los artículos 42, 43 y 44 de la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, supone una vuelta al planteamiento tradicional en lo que respecta a la distinción entre el silencio negativo, mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso de los interesados a la vía jurisdiccional, y el silencio positivo, considerado efectivamente como un auténtico acto administrativo, aunque presunto, equivalente a todos los efectos a una resolución expresa de sentido estimatorio.

#### I. Obligación de resolver

El artículo 42 LRJPAC, “Obligación de resolver”, parte de que “1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”.

El 42.2 se refiere a los plazos máximos de notificación de la resolución: “El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”.

Añade el 42.3 que “cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijan el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.
- b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

De acuerdo con el artículo 42.4: “Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y

notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”.

Según el 42.5 LRJPAC: “El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley,

desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

Asimismo, el artículo 42.6 establece: “Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.

7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”.

II. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado

El artículo 43 LRJPAC, modificado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre establece que:

“1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma

prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”.

De acuerdo con el apartado 2 del precepto: “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”.

Por tanto, el silencio positivo constituye, pues, un auténtico acto administrativo presunto, en todo equivalente al acto expreso. Sin embargo, el silencio negativo es una simple ficción legal de efectos exclusivamente procesales. No pone fin, por tanto, al procedimiento en el que se produce, ni exonera a la Administración de su obligación de dictar resolución expresa. Sigue en pie, por tanto, la alternativa tradicional de utilizar la ficción legal en que el silencio negativo consiste a los efectos de poder interponer sin demora el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional desde el momento mismo en que aquél pueda entenderse

producido por el transcurso del plazo establecido para resolver o esperar a que se produzca la obligada resolución expresa.

De acuerdo con el artículo 43.3: “La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio”.

El número 4 del precepto indica: “4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días”.

### III. Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio

Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la LRJPAC modificada por la Ley 4/1999 se refiere a los efectos de la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio, aludiendo en el caso de los procedimientos susceptibles de producir efectos favorables a que los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones “por silencio administrativo”.

Así, el artículo 44 establece: “En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del

cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución”.

Manuel Pillado Quintáns

#### BIBLIOGRAFÍA

- Opiniones doctrinales extraídas de: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, undécima edición, Madrid 2002 y *Curso de derecho administrativo II*, Editorial Aranzadi décima edición, Cizur Menor 2006; HUESCA BOADILLA, R., OLIVERA MASSÓ, P., PIQUERAS BAUTISTA, J.A., MARROQUÍN MOCHALES, J.R., Obra colectiva, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.



**17. LOS RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO  
Y CLASES. REQUISITOS  
GENERALES. MATERIA  
RECURRIBLE, LEGITIMACIÓN Y  
ÓRGANO COMPETENTE.  
RECURSO DE ALZADA, DE  
REPOSICIÓN Y DE REVISIÓN.  
LAS RECLAMACIONES PREVIAS  
AL EJERCICIO DE LAS  
ACCIONES CIVILES Y  
LABORALES.**

## **17. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO Y CLASES. REQUISITOS GENERALES. MATERIA RECURRIBLE, LEGITIMACIÓN Y ÓRGANO COMPETENTE. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN Y DE REVISIÓN. LAS RECLAMACIONES PREVIAS AL EJERCICIO DE LAS ACCIONES CIVILES Y LABORALES.**

### **Los recursos administrativos: concepto y clases.**

El privilegio de ejecutividad de los actos administrativos y la consecuente presunción iuris tantum de validez de los mismos, son privilegios apriorísticos, en el sentido de que no eximen a la Administración de una ulterior revisión de la legalidad de sus actos.

La revisión de los actos administrativos ilegales puede ser provocada:

- a) Por los particulares, a través de los denominados recursos administrativos y, posteriormente, a través del recurso contencioso administrativo.
- b) Por la propia Admón. autora del acto, a través de la llamada revisión de oficio y de la declaración de lesividad.

En este sentido, los recursos administrativos es el instrumento a través del cual el interesado puede solicitar ante la administración la revisión de sus resoluciones y actos administrativos. El hecho de que el enjuiciamiento y resolución se atribuya a la propia Administración autora del acto es una manifestación de sus facultades de autotutela.

En realidad, el recurso administrativo tiene una doble función, instrumento al servicio del interesado para solicitar la revisión de una actuación que considera perjudicial y contraria a derecho, y trámite necesario para el ulterior acceso a la jurisdicción contenciosa, en cuanto que este acceso requiere el agotamiento de la vía administrativa.

En relación a la clase de recursos, tras la reforma operada por la Ley 4/1999 la regulación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha establecido la siguiente clasificación de recursos de recursos:

- a. El recurso administrativo de alzada, contra los actos que no agotan la vía administrativa, no potestativo en cuanto a la necesidad de su interposición para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- b. El recurso administrativo de reposición, con carácter potestativo, contra los actos que pongan fin a la vía administrativa.

- c. El recurso administrativo extraordinario de revisión, contra los actos firmes en vía administrativa.
- d. Los recursos administrativos especiales, como las reclamaciones económico-administrativas, que se regulan por su normativa específica.
- e. Los recursos (reclamaciones) previos a la vía judicial civil y laboral, a que se refieren los artículos 122 a 126 LPA.
- f. Junto a ellos, no debe olvidarse la posibilidad de acudir a otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, cuando se implanten en supuestos o ámbitos sectoriales determinados por las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 LPA.

Normalmente, se suele efectuar la siguiente clasificación de los recursos:

- Recursos ordinarios: aquellos donde se puede plantear cualquier causa de anulabilidad o nulidad. Aquí incluimos el recurso de alzada y el de reposición.
- Recursos extraordinarios: que sólo se puede amparar en los motivos señalados en la Ley, como es el recurso de revisión.
- Recursos especiales: con alguna especialidad, por razón de la materia, dentro de los que se puede citar las reclamaciones económico-administrativas, el recurso de reposición en materia tributaria, e, incluso, la llamada alzada impropia, que es aquel recurso interpuesto frente a una actuación de la llamada Administración institucional y que resuelve la Administración matriz.

Es oportuno significar también la existencia de otra forma de impugnación administrativa, referida concretamente a cuando este conflicto se plantea entre Administraciones Públicas, cuya regulación está fuera de la ley 30/92. Nos referimos al artículo 44 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En dicho precepto ya se dispone que no en los litigios entre Administraciones Públicas no cabrá interponer recursos administrativos, lo que puede haber es un requerimiento para que se derogue, anule o revoque esa actuación administrativo.

La imposibilidad de que existan recursos administrativos entre Administraciones Públicas puede tener su fundamento en el hecho de que estas están situadas en un plano no jerárquico, por lo que procede no es un recurso, sino un requerimiento. SE parte así de un esquema conceptualmente similar a los conflictos constitucionales de competencia. De hecho, la regulación tramitacional es muy similar.

Así, el requerimiento recogido en ese art. 44 LJCA es de carácter potestativo, puede presentarse en el plazo de dos meses desde el conocimiento de la actuación administrativa cuestionada, la Administración receptora tiene un mes para resolverlo, y luego existen dos meses para acudir al contencioso-administrativo, plazo éste último que según el art. 46.6 LJCA rige con indiferencia de si hubo o no respuesta al requerimiento.

Finalmente llamar la atención que este artículo expresamente se excluye para las impugnaciones de actos de la Administración local, que se rigen por los dispuestos en los artículos 63 a 68 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen local y artículos 216 a 220 de la Ley 5/997 de Administración Local de Galicia

### **Requisitos generales.**

El recurso administrativo es un instrumento impugnatorio con el que el sujeto legitimado pide a la Administración que se revise una resolución administrativa o excepcionalmente un acto de trámite, dentro de los plazos y con arreglo a las formalidades pertinentes.

Los recursos tienen por finalidad revisar la actuación de la Administración y, en su caso, evitar un pleito. Esta finalidad constituye una garantía para el administrado.

Otra finalidad de los recursos es avisar a la Administración y evitar cogerla por sorpresa mediante la interposición de un pleito. Esta finalidad, se dice, constituye un privilegio de la Administración.

Según Ramón Parada, la garantía del particular no es tanto la supresión o minoración de la exigencia de los recursos previos, bajo pena de caducidad de la acción, en plazos diversos de los establecidos para la prescripción de los derechos materiales.

El problema de los breves plazos de los recursos administrativos ha comenzado a corregirse en la Ley 30/92, que en sus artículos 102 a 106 admite la acción de nulidad en cualquier tiempo, si se trata de actos nulos de pleno derecho o de cuatro años si se trata de actos anulables.

#### **- Antecedentes**

Primer período: Está constituido por las Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845, en virtud de las cuales se crearon los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado, y por la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 13 de diciembre de 1889 y los reglamentos de desarrollo de esta ley.

En estas leyes y reglamentos no se exige con carácter general la necesidad de interponer un recurso previo ante la Administración, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa.

Segundo período: Lo constituye la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

El sistema de recursos implantado por estas leyes es el recurso de alzada —contra las resoluciones administrativas que no agoten la vía administrativa— y el recurso de reposición obligatorio —contra las resoluciones que agoten la vía administrativa—, salvo en determinados supuestos en que tenía carácter potestativo (art. 126 LPA y art. 52 y 53 LJC-A).

Tercer período: Sería el constituido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la que se establece el recurso ordinario contra las resoluciones que no agoten la vía administrativa y se suprime totalmente el recurso de reposición.

Cuarto período: Comprendería a la vigente Ley 4/1999 de 13 de enero, que modifica la ya citada Ley 30/1992. Esta ley reintroduce el recurso de alzada, en sustitución del recurso ordinario y vuelve a introducir el recurso de reposición, pero a diferencia de lo que sucedía en la LJCA, ahora tiene carácter potestativo.

### **Materia recurrible, legitimación y órgano competente**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1, constituye el objeto de los recursos de alzada y del potestativo de reposición, las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 107.2, las leyes podrán sustituir el recurso de alzada y el de reposición —en supuestos y ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique— por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, de forma que el objeto, en este caso, será las resoluciones y actos de trámite a que se refiere el artículo 107.1, pero en relación con estos procedimientos impugnatorios citados.

Cabe indicar que el artículo 107.3 excluye a las disposiciones administrativas de carácter general del recurso en vía administrativa. No obstante, el párrafo segundo de este precepto admite el recurso indirecto, al establecer que se podrán presentar los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general, pudiendo interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

El artículo 107.4 remite a su legislación específica a las reclamaciones económico-administrativas y, por último, el artículo 108 determina que el objeto del recurso extraordinario de revisión son los actos firmes en vía administrativa que incurran en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 118.1.

La naturaleza de los recursos administrativos puede determinarse desde dos puntos de vista:

a) Por un lado, supone una carga para el administrado, en cuanto que en nuestro sistema administrativo la impugnación en vía administrativa es, salvo supuestos especiales, en presupuesto de la impugnación procesal.

b) Por otro lado, supone una garantía para el administrado, universal en cuanto a su objeto, pero limitada en cuanto a su estructura y configuración técnica por dos razones:

- Estructuralmente, por la doble condición que ostenta la Admón. de Juez y parte.
- Técnicamente, por la fugacidad de los plazos de interposición y la regla general de no suspensión de los actos administrativos impugnados.

Podemos establecer las siguientes diferencias de los recursos administrativos con figuras afines.

1) Recurso y petición. El recurso tiene una finalidad impugnatoria, mientras que la petición (o solicitud) se dirige a forzar un acto nuevo.

2) Recurso y queja: La queja, a diferencia del recurso, no persigue la revocación de un acto administrativo, sino únicamente que se corrijan los defectos de tramitación, en especial los que supongan paralización de los plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto.

3) Recurso y reclamación: La reclamación se interpone contra un acto de trámite, mientras que el recurso se interpone contra un acto definitivo o contra un acto de trámite cualificado (que ponga fin al procedimiento o produzca indefensión).

El régimen jurídico de los recursos administrativos se contiene en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, que está dividido en tres secciones:

- Sección 1ª (arts. 107 a 113): Principios generales.
  - Sección 2ª (arts. 114 y 115): Recurso de alzada.
  - Sección 3ª (arts. 116 y 117): Recurso potestativo de reposición.
  - Sección 4ª (arts. 118 y 119): Recurso de revisión.
- Principios generales (arts. 107 a 113).

La sección primera del capítulo II del Título VII de la Ley, lleva por rúbrica principios generales, comprendiendo los artículos 107 a 113 de la Ley. En esta sección se contienen algunas normas (arts. 107.1) sobre las resoluciones recurribles, otras, que se refieren específicamente a un recurso o medio de impugnación determinado (art. 107.2 y 108). A ellas se hace referencia, por razones de sistemática en otro momento de la exposición, por lo que aquí nos limitaremos a enunciar las disposiciones generales contenidas en este título.

#### Art. 107

3. Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

4. Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.

#### Artículo 109. Fin de la vía administrativa.

Ponen fin a la vía administrativa:

- a. Las resoluciones de los recursos de alzada.
- b. Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2.
- c. Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.

d. Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

e. Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

De acuerdo con la D. Ad. 15ª de la LOFAGE ponen fin a la vía administrativa., salvo lo que pueda establecer una Ley especial de acuerdo con lo dispuesto en las letras c) y d) del artículo 109 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los actos y resoluciones siguientes:

1. Los actos administrativos de los miembros y órganos del Gobierno.

2. En particular, en la Administración General del Estado:

- Los emanados de los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas los órganos de los que son titulares.
- Los emanados de los órganos directivos con nivel de Director general o superior, en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal.

3. En los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado:

Los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Y en la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 6/2001 de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

Ponen fin a la vía administrativa, salvo que por ley especial se establezca lo contrario, las resoluciones de los órganos siguientes:

a. Las del Consello de la Xunta, las de su Presidente y las de sus Comisiones delegadas.

b. Las de los Conselleiros.

c. Las de los Secretarios generales y Directores generales en materia de personal.



- d. Las de los órganos superiores de Gobierno de organismos autónomos y de los entes públicos cuando ejercitan competencias administrativas.
- e. Las de las demás autoridades cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.

En la Administración Local, el artículo 52.2 LB, establece que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

- a. Las de Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Comisiones de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una Ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2 (se refiere al ejercicio por las Corporaciones Locales de competencias delegadas por otras Administraciones).
- b. Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.
- c. Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

Según la Ley 30/92 en la interposición del recurso deberá expresar:

- a. El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- b. El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- c. Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- d. Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige.
- e. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

Se añade que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter y que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado.

Es importante llamar la atención sobre el posible efecto que sobre la ejecutividad del acto administrativo puede tener la interposición de un recurso administrativo. Ello está regulado en el artículo 111.

## Artículo 111. Suspensión de la ejecución.

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley.

4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.

La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

Por lo tanto, en principio, la interposición de un recurso administrativo no afecta a la ejecutividad de la resolución administrativa, si bien existe la posibilidad de que tal ejecutividad se suspenda en base a lo dispuesto en el citado artículo.

No podemos dejar de mencionar que existe una excepción a esa regla general de que la interposición de un recurso administrativo no impide la ejecución del acto recurrido, que es en el caso de las resoluciones sancionadoras, las cuales sólo son ejecutivas cuando se ponga fin a la vía administrativa, por lo que si la resolución sancionadora tiene recurso de alzada y este se interpone, hasta que esta fase de recurso quede culminada no se puede ejecutar la sanción.

Están legitimados para interponer el recurso administrativo el que pueda ostentar la condición jurídica de interesado, cuya regulación se encuentra contenida en el artículo 31 de la ley 30/92. En relación a la representación, según el artículo 32, para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá, pero para entablar recursos en nombre de otra persona, deberá acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Artículo

La LPA también dispone que cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.

Esto se completa con otras reglas como son:

- no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho.
- si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que aleguen cuanto estimen procedente.
- el recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada.

Finalmente, el artículo 113 dispone que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

Ahora bien, cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al

momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67.

En cuanto a los órganos competentes, existen reglas específicas en cada tipo de recurso. En el recurso de alzada el competente para resolver es el superior jerárquico al que dictó el acto recurrido, en el de reposición y revisión, es el mismo que lo dictó. En la reclamación previa a la vía civil, será el órgano competente de la Administración Pública de que se trate, y en la previa a la laboral, la reclamación deberá dirigirse al Jefe administrativo o Director del establecimiento u Organismo en que el trabajador preste sus servicios.

## **Recurso de alzada, de reposición y de revisión**

### Recurso de alzada (arts. 114 y 115).

El recurso de alzada se basa en la organización jerárquica de la Admón. u tiene por finalidad obtener la revisión del acto por el superior jerárquico del órgano que lo dictó.

Por otra parte, constituye el medio normal de apurar la vía administrativa y lograr que una resolución cause estado, permitiendo el acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Iniciación del procedimiento: Requisitos.

1) Objetivos:

- Actos recurribles: Procede contra las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa. Es decir, el recurso cabe:

a) Contra las resoluciones y

b) Contra los actos 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 e intereses legítimos

- Motivos (art. 107.1). El recurso de alzada podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la presente Ley.

2) Subjetivos:

El órgano competente para resolver el recurso es el superior jerárquico del que dictó el acto recurrido. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos. (art. 114.1).

### 3) De la actividad.

- Plazo: 115.1: El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso.

Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

- Interposición. 114.2: El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior.

### C) Ordenación e instrucción.

A falta de mayores precisiones en la Ley, cabe entender que deberá acomodarse a lo dispuesto con carácter general en los arts. 107 a 113, ya examinados y en el Título VI que regula las disposiciones generales del procedimiento.

### D) Terminación.

En principio, debe terminar mediante resolución expresa. Sin embargo, transcurridos tres meses desde la interposición del recurso ordinario sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado, salvo en el supuesto de que el recurso se haya interpuesto contra una denegación por silencio (art. 115.2).

### E) Efectos.

El efecto general del recurso es poner fin a la vía administrativa. Por ello, el artículo 115.3 dispone que contra la resolución de un recurso de alzada

no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos establecidos en el artículo 118.1.

#### Recurso de reposición.

Se regula en los artículos 116 y 117, que han de ser completados con las disposiciones generales antes examinadas.

Dado que es potestativo, se puede interponer frente a los actos que pongan fin a la vía administrativa ante el mismo órgano que los hubiera dictad.

Nada impide, por lo tanto, que se acuda directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero si se interpone el recurso de reposición no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

La jurisprudencia mayoritaria rechaza que se pueda interponer recurso de reposición contra la resolución que resuelve el recurso de alzada.

#### Recurso de revisión.

La LPAC configura el recurso de revisión como un recurso extraordinario contra actos firmes, es decir, contra aquellos actos que agoten la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo (actos consentidos).

Por ser un recurso extraordinario, el recurso de revisión sólo se admite en supuestos tasados, que el art. 118 LPAC, limita a los siguientes:

1.<sup>a</sup> Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

2.<sup>a</sup> Que aparezcan o se aporten documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

3.<sup>a</sup> Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

4.<sup>a</sup> Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

El recurso ha de interponerse ante el órgano que dictó la resolución recurrida, que es también el competente para la resolución.

El plazo para la interposición es de cuatro años a partir de la fecha de la notificación de la resolución impugnada, si se funda en la causa primera de las anteriormente señaladas. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales (art. 119.1).

El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido (art. 119.2). Y ello, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de revisión en vía jurisdiccional, en donde el órgano revisor se limita a anular la sentencia, y remitir las actuaciones al órgano competente, para que dicte una nueva sentencia.

Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin que recaiga resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa (art. 119.3).

Finalmente, el acudir al recurso de revisión no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 102 (revisión de actos nulos de pleno derecho) y 105.2 (corrección de errores materiales) de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan.

## **Las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales**

La Administración se somete, cuando actúa en el ámbito civil o laboral, a las normas civiles y laborales, si bien cuenta con algún privilegio, como es el caso de las reclamaciones previas al proceso civil y laboral. Estas reclamaciones se regulan en los artículos 120 a 126 LRJAP y PAC.

La reclamación previa se dice que actúa como una técnica sustitutiva del juicio de conciliación que se exige en los procesos civiles entre particulares, o como una técnica sustitutiva de los recursos administrativos en la fase previa al proceso contencioso-administrativo. Pero por definición legal, la reclamación previa es un requisito procesal, al exigirse con carácter previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en Derecho privado o laboral, contra el Estado, las CC.AA., las Entidades Locales o la Administración institucional, vinculada a cualquiera de dichas Administraciones territoriales.

La reclamación previa tiene por finalidad impedir un planteamiento judicial y, por otra parte, tiene un segundo efecto, consistente en la interrupción de los plazos de prescripción o de suspensión de la caducidad para el ejercicio de las acciones judiciales.

### **A) Naturaleza.**

Tradicionalmente, la necesidad de la reclamación previa es justificado en el hecho de que los Entes públicos están sometidos a extraordinarias formalidades y garantías a la hora de acordar una transacción a la que podría llevar la celebración de un acto de conciliación previa. En la práctica, la estimación total o parcial de la reclamación administrativa previa opera o puede operar con carácter transaccional, pero a través de ella se respeta el formalismo de ser el Ente público el que decide por su propio imperio y no en virtud de un pacto o acuerdo con el reclamante. Así, la reclamación previa tendría una naturaleza o carácter análogo al de la conciliación previa.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina niega la posibilidad de asimilar la reclamación previa al acto de conciliación previa obligatoria, y ello por las siguientes razones:

1. Incompatible con la naturaleza de la conciliación es el carácter unilateral de la exigencia de reclamación previa, que sólo es requerida en los pleitos en los que la Admón. haya de comparecer como demandada, y no en aquéllos en los que actúe como demandante.



2. Por otra parte, la naturaleza transaccional del acto de conciliación no puede predicarse, al menos formalmente, de la reclamación previa, ya que, si bien a través de ella puede llegarse a una solución de compromiso entre la Admón. y el reclamante, es obvio, que la reclamación ha de resolverse en derecho.

3. En el acto de conciliación la Admón. tiene una intervención imparcial, intentando avenir a las partes. En la reclamación, la Admón. es al mismo tiempo sujeto decisor y parte interesada.

Por lo tanto, su verdadera naturaleza consiste en ser un privilegio o prerrogativa de las Administraciones públicas, que configuran su particular posición frente a los Tribunales.

Contemplada desde el proceso, la reclamación previa es al mismo tiempo un presupuesto procesal, y una actividad preprocesal que tiene por finalidad eliminar el proceso. En sí misma, la reclamación previa constituye un procedimiento administrativo especial, y como tal está regulada en la LPAC.

## B) Regulación.

Su régimen jurídico viene constituido por el Título VIII de la Ley 30/1992 (arts. 120 a 126), donde se regulan las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales. Hay que tener en cuenta también lo dispuesto en otras normas, señaladamente, en cuanto a la reclamación previa al ejercicio de acciones laborales, por lo establecido en los arts. 69 a 73 LPL.

## CAPITULO I. Disposiciones generales

### Artículo 120. Naturaleza.

1. La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de Ley.

2. Dicha reclamación se tramitará y resolverá por las normas contenidas en este Título y, por aquellas que, en cada caso, sean de aplicación, y en su defecto, por las generales de esta Ley.

### Artículo 121. Efectos.

1. Si planteada una reclamación ante las Administraciones Públicas, ésta no ha sido resuelta y no ha transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada, no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente.

2. Planteada la reclamación previa se interrumpirán los plazos para el ejercicio de las acciones judiciales, que volverán a contarse a partir de la fecha en que se haya practicado la notificación expresa de la resolución o, en su caso, desde que se entienda desestimada por el transcurso del plazo.

## CAPITULO II. Reclamación previa a la vía judicial civil

### Artículo 122. Iniciación.

1. La reclamación se dirigirá al órgano competente de la Administración Pública de que se trate.

2. En la Administración General del Estado se planteará ante el Ministro del Departamento que por razón de la materia objeto de la reclamación sea competente. Las reclamaciones podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos por esta Ley para la presentación de escritos o solicitudes.

### Artículo 123. Instrucción.

1. El órgano ante el que se haya presentado la reclamación la remitirá en el plazo de cinco días al órgano competente en unión de todos los antecedentes del asunto.

2. El órgano competente para resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes, documentos y datos que resulten necesarios.

### Artículo 124. Resolución.

1. Resuelta la reclamación por el Ministro u órgano competente, se notificará al interesado.

2. Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial.

## CAPITULO III. Reclamación previa a la vía judicial laboral

### Artículo 125. Tramitación.

1. La reclamación deberá dirigirse al Jefe administrativo o Director del establecimiento u Organismo en que el trabajador preste sus servicios.

2. Transcurrido un mes sin haber sido notificada resolución alguna, el trabajador podrá considerar desestimada la reclamación a los efectos de la acción judicial laboral.

Artículo 126. Reclamaciones del personal civil no funcionario de la Administración Militar.

Las reclamaciones que formule el personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar se registrarán por sus disposiciones específicas.

C) El problema de los supuestos exceptuados.

En principio, el requisito de la reclamación previa tiene hoy un carácter general objetiva y subjetivamente. El requisito alcanza a todos los supuestos en los que se demanda a «cualquier Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de Ley», como establece el artículo 120.1 LPA.

Hay que tener presente, sin embargo, que el actual artículo 2.2 LPA dice ahora que las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas territoriales, si bien «tendrán asimismo la consideración de Administración Pública», «sujetarán su actividad» a la LPA sólo «cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». Sobre esta base podría sostenerse hoy que la regulación de las reclamaciones previas contenida en los artículos 120 y sigs. LPA no alcanza a tales entidades.

Desde un punto de vista objetivo, la generalidad del requisito se desprende, en principio, el artículo 120 LPA («La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral (...) salvo en los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de ley»).

Sin perjuicio de ello y con independencia de las excepciones expresamente establecidas por las leyes; con carácter general debe considerarse innecesaria también la reclamación previa en los siguientes casos, señalados por la doctrina:

1. Demandas relativas al cumplimiento de los contratos y obligaciones que determinen vencimientos periódicos, una vez que se cumplió el requisito al formular la primera de ellas.
2. En los casos en que se deba reproducir la demanda por defectos en el modo de ejercitar la acción judicial.
3. Más dudoso es la exigencia de la reclamación previa en el supuesto de los interdictos, respecto de los cuales la jurisprudencia menor de las Audiencias (única existente, supuesto que en materia interdictal no existe recurso de casación) solía considerar improcedente la exigencia de reclamación previa. Sin embargo, en la actualidad, y tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso administrativa, que

establece un procedimiento para la impugnación de las actuaciones de la administración por vía de hecho, resulta muy cuestionada la pervivencia del interdicto contra la Administración.

D) El problema de la posible rectificación.

La reclamación previa constituye un auténtico presupuesto procesal, es decir, un elemento que afecta a la regular constitución de la relación jurídica en que el proceso consiste.

Importa, pues, examinar ahora cómo funciona este presupuesto, es decir, cuáles son las consecuencias que se deducen de la ausencia de reclamación previa. A este respecto, hay que comenzar indicando que a la ausencia de reclamación previa se equipara la falta de correspondencia entre la reclamación formulada en la vía administrativa y la ulterior demanda judicial, ya que, dado el carácter de presupuesto de esta última que corresponde a aquélla, existe entre ambas una correlación necesaria. Esta correlación necesaria entre la reclamación previa y la demanda no ha sido enunciada expresamente por las normas que han venido regulando la vía gubernativa previa a lo largo del tiempo, ni lo es hoy con carácter general por la LPC, a pesar de lo cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha venido exigiendo habitualmente por considerarla implícita en la propia naturaleza de aquélla.

Con todo, la correlación no debe ser planteada en términos de absoluta identidad, sino de conformidad sustancial. Es explícita en este sentido la Sentencia de la Sala 1ª de 12 de mayo de 1961, según la cual el requisito de la reclamación previa debe considerarse cumplido cuando ésta es «sustancialmente conforme con la demanda judicial formulada, sin que de ésta surjan cuestiones distintas ni desconectadas de la reclamación gubernativa, como lo confirma la posición irreductible de ambas partes litigantes, demostrativa de la inutilidad de mayores precisiones en la reclamación, pues nada se ha ocultado ni sobre nada se ha litigado que pusiera de manifiesto la indefensión del Ayuntamiento, ni que fuera demandado sobre materias que lo sorprendieran lesionando sus derechos o que hicieran inútil el pleito».

No obstante, la reclamación previa y la contestación a la misma vincula a las partes en cuanto al *petitum* y a lo resulto, pero no a las argumentaciones o fundamentos jurídicos, que pueden ser alegados con total libertad en el ulterior proceso judicial, aunque no se hayan alegado en la reclamación previa.

La Ley de Procedimiento Laboral, contiene un artículo especial al respecto, al establecer en su artículo 72.1 que «en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma», precepto que hay que interpretar como

prohibitivo de las ampliaciones del petitum inicial, más que de cualquiera otras variaciones del mismo, dada la función que la reclamación previa está llamada a cumplir de hacer posible un conocimiento anticipado por la Administración del objeto de litigio en orden a asegurar su eficaz defensa en el mismo cuando éste quede formalizado definitivamente.

Como contrapartida, ese artículo 72 LPL también dispone que la parte demandada que no hubiera contestado a la reclamación previa no podrá fundar su oposición en hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo, si lo hubiere, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad.

Además es un requisito siempre subsanable, de tal forma que, de advertir el Juez, que con la demanda no se acompaña la justificación de haberse formulado reclamación previa, deberá requerir a la parte para que subsane el defecto de conformidad con la legislación procesal (STC 120/1993).

Santiago Valencia Vila

## BIBLIOGRAFIA

Varios, Letrados da Xunta de Galicia, *Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, Asociación Profesional de letrados da Xunta de Galicia, 1ª edición, Santiago de Compostela, 2005.

Parada. R, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Segunda edición, Madrid, 1999.

González Pérez j, González Navarro F, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo Común*, Civitas, Segunda edición, Madrid, 1999.



# **18. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.**

## **TEMA 18.**

### **LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

#### **1.- LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Si las potestades de la Administración pueden definirse como poderes jurídicos abstractos que el Ordenamiento confiere a la Administración en virtud del poder de imperio del Estado, podemos definir a la la potestad sancionadora como aquélla que faculta a la Administración para imponer sanciones administrativas. A su vez, por sanción administrativa entendemos un mal infligido por la Administración. a un administrado, como consecuencia de su conducta contraria al ordenamiento jurídico.

Este mal, consistirá en la privación de un bien o de un derecho, pero sin que la sanción administrativa pueda suponer, directa o indirectamente privación de libertad, pues ello lo prohíbe expresamente el **artículo 25 CE**.

En función del sujeto infractor la potestad sancionadora puede ser disciplinaria y correctiva.

- Es disciplinaria la que habilita a la Administración para imponer sanciones a los funcionarios responsables de faltas en el ejercicio de sus cargos.
- Es correctiva la que la habilita para imponer sanciones a los administrados o ciudadanos por actos contrarios a lo ordenado por la Administración. Esta última es la que analizaremos a lo largo del presente tema.

#### **2.- PRINCIPIOS**

La Constitución de 1978 reconoció en su **art. 25.1** la existencia de una potestad sancionadora propia de la Administración, que se sobrepone a la potestad jurisdiccional penal, atribuida exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por la Ley. Esta dualidad de sistemas represivos, no impide a la aplicación de una serie de principios comunes al *ius puniendi* estatal, como ha venido señalando el **TS**, desde la década de los setenta, y posteriormente reconoció el **TC** en numerosas sentencias.

La **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) incorporó en su **Título IX (arts. 127 a 138)**, la codificación de los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, que prolijamente fue construido por la jurisprudencia de los últimos treinta años. Este Título está dividido en dos capítulos:

- Principios de la potestad sancionadora (**arts. 127 a 133**).
- Principios del procedimiento sancionador (**art. 134 a 138**).

Hay que tener en cuenta que *las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual (art. 127.3)*, que se rigen por su legislación específica.

Finalmente no podemos olvidar que los principios recogidos en la Ley 30/1992 han sido desarrollados por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante RD 1398/1993).



## **A. Principios de la potestad sancionadora (arts. 127 a 133).**

### **1.- Principio de legalidad y reserva de Ley (art. 127).**

“**1.** La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

**2.** El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.” (La redacción de este precepto, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, suprime la prohibición de delegar el ejercicio de la potestad reglamentaria).

Este principio exige que toda norma sancionadora tenga rango legal, es decir, sea establecida por decisión del poder legislativo. Con ello se reacciona enérgicamente frente a una jurisprudencia continuada del Tribunal Supremo que no excluía la posibilidad de que la propia Administración estableciese, por vía reglamentaria, importantes sanciones, entendiendo que la obligación derivada del principio de legalidad se reducía a la predeterminación, en una disposición de carácter general, de los tipos de infracción y de la correspondiente sanción.

### **2.- Principio de irretroactividad (art. 128).**

“**1.** Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

**2.** Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.”

### **3.- Artículo 129. Principio de tipicidad.**

**“1.** Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>1</sup>.

**2.** Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

**3.** Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

**4.** Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

### **4.- Artículo 130. Responsabilidad.**

**“1.** Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

---

<sup>1</sup>

**2.** Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

**3.** Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.”

## **5.- Artículo 131. Principio de proporcionalidad.**

**“1.** Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

**2.** El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

**3.** En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

## **6.- Artículo 132. Prescripción.**

**“1.** Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

**2.** El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

**3.** El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.”

En relación con la prescripción de la infracción cabe tener en cuenta la doctrina legal establecida al respecto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, por la cual concluyó que la caducidad del expediente sancionador no impedía a la Administración reabrir el citado expediente administrativo sancionador en tanto no hubieran transcurrido los plazos de prescripción de la infracción. La citada sentencia establece expresamente que: *“En definitiva, y con arreglo a lo expuesto, procede estimar el presente recurso de casación en interés de Ley , así como declarar que la caducidad declarada de un procedimiento sancionador, no constituye obstáculo alguno para la posibilidad de iniciar o reiniciar otro procedimiento sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción , como así ha sucedido en estos autos, sin haber lugar a declaración alguna sobre costas.*

FALLAMOS

*Que con respeto de la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, declaramos haber lugar y estimamos el recurso de casación interpuesto en interés de Ley contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 3 de Málaga de 2 de noviembre de 1991 dictada en el procedimiento abreviado, 240/2001 de ese Juzgado, fijándose aquí la siguiente doctrina legal: «**La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92 ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siendoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley ».**”*

Este régimen jurídico se completa con el **artículo 6 RD 1398/1993** que establece:

“Cuando de las actuaciones previas se concluya que ha prescrito la infracción, el órgano competente acordará la no procedencia de iniciar el procedimiento sancionador. Igualmente, si iniciado el procedimiento se concluyera, en cualquier momento, que hubiera prescrito la infracción, el órgano competente resolverá la conclusión del procedimiento, con archivo de las actuaciones. En ambos casos, se notificará a los interesados el acuerdo o la resolución adoptados.

Asimismo, cuando haya transcurrido el plazo para la prescripción de la sanción, el órgano competente lo notificará a los interesados.

Transcurridos dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sin haberse practicado la notificación de éste al imputado, se procederá al archivo de las actuaciones, notificándose al imputado, sin perjuicio de las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir.”

Nótese que este precepto habla tanto de la prescripción de la infracción como de la sanción y también establece el archivo de actuaciones para los casos en que transcurran más de dos meses desde la adopción del acuerdo de incoacción hasta la notificación del mismo al presunto infractor. Ahora bien, tal archivo de actuaciones no es sinónimo de prescripción de la infracción o de la sanción, lo cual solo acontece cuando transcurren los plazos señalados al efecto en el ya citado artículo 132 Ley 30/1992.

## **7.- Concurrencia de sanciones.**

El régimen jurídico de este principio se contiene en el artículo 133 Ley 30/1992 y en los artículos 5 y 7 del RD 1398/1993.

**“Artículo 133.** No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

**“Artículo 5.** El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.

El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Organos Comunitarios Europeos. La suspensión se alzará cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme.

Si se hubiera impuesto sanción por los Organos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.”

**“Artículo 7.** En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.”

En este precepto queda reflejado el famoso principio “*non bis in idem*” y si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, ha de estimarse comprendido en su artículo 25.1, en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, entre otras). El *non bis in idem* supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la famoso triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado.

Como ha proclamado el Tribunal Constitucional “....*el principio general de derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...*” (STS 2/1981). Posteriormente, se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues “...*semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisble reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos*



*sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado..." (SSTC 159/1987 y 77/1983).*

Esta dimensión procesal del principio non bis in idem cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de lex previa y lex certa que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de non bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental (STC 177/1999).

Finalmente, destacamos entre otras, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 188/2005, de 7 de julio, que hace un

resumen de los extremos exigidos en orden a este principio que impide la dualidad de sanciones. Así, la citada STC establece: “a) *Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo ( RTC 1981, 2) , el principio non bis in idem tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE ( RCL 1978, 2836) , en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho ( STC 154/1990, de 15 de octubre [ RTC 1990, 154] , F. 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU ( RCL 1977, 893) -hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977- y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales -que, aunque firmado por nuestro país, aún no ha sido objeto de ratificación-, protegiendo «al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción -administrativa o penal-, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado -absolución o sanción- del mismo» ( STC 2/2003, de 16 de enero [ RTC 2003, 2] , FF. 2 y 8).*

*El principio non bis in idem tiene, en otras palabras, una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto «en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento», y que «tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada ( SSTC 154/1990, de 15 de octubre [ RTC 1990, 154] , F. 3; 177/1999, de 11 de octubre [ RTC 1999, 177] , F. 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre [ RTC 1995, 329 AUTO] , F. 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de*

*proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente» [ SSTC 2/2003, de 16 de enero ( RTC 2003, 2) , F. 3 a); y 229/2003, de 18 de diciembre ( RTC 2003, 229) , F. 3]; y b) la procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción «la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal» [SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3 c); y 229/2003, de 18 de diciembre, F. 3. SSTEDH de 29 de mayo de 2001 ( TEDH 2001, 352) , en el caso Franz Fischer contra Austria ; y de 6 de junio de 2002 ( TEDH 2002, 35) , en el asunto Sallen contra Austria ].*

*b) Aunque es cierto que este principio «ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos», esto no significa, no obstante, «que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos» ( STC 154/1990, de 15 de octubre [ RTC 1990, 154] , F. 3). Y es que en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente. En este último orden de ideas, y desde la perspectiva del Derecho positivo, tanto el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)*

, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como el art. 5.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto ( RCL 1993, 2402) , impiden que de nuevo se sancionen administrativamente hechos que ya hayan sido castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, siempre que concurra la triple identidad referida. En efecto, el meritado precepto legal prevé que: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento»; mientras que el art. 5.1 del indicado texto reglamentario dispone, por su parte, que: «El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento».

c) El principio non bis in idem despliega sus efectos tanto materiales como procesales cuando concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia y ha encontrado reflejo en el Derecho positivo, como lo demuestran los dos preceptos que acaba de transcribirse que aluden a la misma. En este orden de ideas, hemos indicado que «la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem , sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento» ( SSTC 2/2003, de 16 de enero [ RTC 2003, 2] , F. 5; y 229/2003, de 18 de diciembre [ RTC 2003, 229] , F. 3).”

## **B.- Principios del procedimiento sancionador**

### **1.- Artículo 134. Garantía de procedimiento.**

“**1.** El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

**2.** Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

**3.** En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.”

El apartado segundo de este precepto recoge el llamado principio de imparcialidad que supone la debida separación entre el órgano instructor y el órgano decisor. Este principio, elevado al rango constitucional por la STC 145/1988 (entre otras: SSTC 164/1988; 11/1989; 98/1990; 151/1991) en lo que se refiere al ámbito de la jurisdicción penal, es también aplicable al procedimiento administrativo sancionador en el que, por tanto, el órgano o unidad que instruye el expediente y la autoridad que dicta la resolución han de ser por fuerza distintos.

### **2.- Artículo 135. Derechos del presunto responsable.**

“Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

- A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.
- A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.
- Los demás derechos reconocidos por el **artículo 35** de esta Ley.”

### **3.- Artículo 136. Medidas de carácter provisional.**

“Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.”

### **4.- Artículo 137. Presunción de inocencia.**

**1.** Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

**2.** Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

**3.** Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

**4.** Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.”

La presunción de inocencia, derivada del derecho fundamental contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución y del clásico principio penal in dubio pro reo, obliga a la Administración que ejercita la potestad a probar, de forma absolutamente suficiente, la comisión de la infracción y, además, la identidad del infractor.

Ahora bien, la presunción de inocencia queda desvirtuada cuando opere el apartado 3 de este mismo precepto, pues dicho apartado establece una especie de presunción iuris tantum de las actas levantadas por la autoridad pública, de modo y manera que opera una especie de inversión de carga de la prueba pues al ser una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, le corresponderá la presunto infractor realizar la carga probatoria que estime oportuna a los efectos de destruir la citada presunción de veracidad de las actas de la autoridad pública.

## **5.- Artículo 138. Resolución.**

**“1.** La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente.

**2.** En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

**3.** La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.”

### **3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

#### **A.- INICIO DEL PROCEDIMIENTO**

El procedimiento sancionador se inicia exclusivamente de oficio (**artículo 11.1 RD 1398/1993**), a través del denominado acuerdo de incoacción cuyo contenido viene determinado en el **artículo 13 RD 1398/1993** que establece como contenido mínimo del citado acuerdo de incoacción el siguiente:

- Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoacción del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
- Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.
- Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 8 .
- Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio



de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 15 .

- Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

Establece el **artículo 11 RD 1398/1993** varias causas que motiven el citado acuerdo de incoacción. Dichas causas son el acuerdo del órgano competente, la propia iniciativa del órgano o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

El citado artículo establece las siguientes definiciones:

**Propia iniciativa:** La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

**Orden superior:** La orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación, y que expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

**Petición razonada:** La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

Las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

**Denuncia:** El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento.

Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación.

Con carácter anterior a la iniciación del procedimiento, el **artículo 12 RD 1398/1993** autoriza a realizar unas denominadas «actuaciones previas», con objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación y, en particular, a establecer los hechos susceptibles de motivar la incoación, las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Se trata de un trámite puramente facultativo que además, y como hemos señalado, no forma parte del procedimiento sancionador en sí.

El acuerdo de incoación ha de notificarse, además de al Instructor, al presunto responsable (trámite valorado como fundamental por la jurisprudencia constitucional, al ser manifestación del derecho a ser informado de la acusación: SSTC 31/1986; 29/1989; 145 y 297/1993; 195/1995; 120/1996; 7/1998; 14/1999) con indicación de su derecho a formular alegaciones y de dos extremos básicos: de un lado, la invitación para que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su

responsabilidad (en cuyo caso se dictará acto seguido resolución, imponiendo la sanción que proceda y finalizando el trámite); y, de otro, la advertencia de que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo que se le concede, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada (lo que supone, en definitiva, la práctica terminación del procedimiento, a reserva sólo de su resolución final, sin más trámites).

## **B.- INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

Dentro de esta fase podemos diferenciar cuatro trámites que son las alegaciones iniciales, el periodo probatorio, la propuesta de resolución y el trámite de audiencia.

La fase instructora del procedimiento se inicia formalmente con el escrito de **alegaciones** que realiza el presunto infractor en relación con el acuerdo de iniciación. Tal y como establece el **artículo 16 RD 1398/1993**, los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse. En la notificación de la iniciación del procedimiento se indicará a los interesados dicho plazo.

En el **artículo 17 RD 1398/1993** se establece el régimen jurídico del **periodo probatorio** del procedimiento sancionador donde se determina lo siguiente:

“1.- Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo señalado en el artículo 16 , el órgano instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba, de conformidad con lo previsto en los artículos 80 y 137.4 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días.

2.- En el acuerdo, que se notificará a los interesados, se podrá rechazar de forma motivada la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos, cuando sean improcedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.- La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4.- Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo o entidad pública, y sea admitida a trámite, se entenderá que tiene carácter preceptivo, y se podrá entender que tiene carácter determinante para la resolución del procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 83.3 de la LRJ-PAC.

5.- Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

6.- Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución.”

En cuanto a la **propuesta de resolución**, el **artículo 18 RD 1398/1993** establece que concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren

probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

Finalmente, la propuesta de resolución se notificará a los interesados, indicándoles la puesta de manifiesto del procedimiento. A la notificación se acompañará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que los interesados puedan obtener las copias de los que estimen convenientes, concediéndoseles un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento.

Salvo en el supuesto contemplado por el artículo 13.2 de este Reglamento, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado de conformidad con lo previsto en el artículo 3 y en el punto 1 del artículo 16 del presente Reglamento.

La propuesta de resolución se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el mismo (**artículo 19 RD 1398/1993**).

### **C.- TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

Aunque con la propuesta de resolución finaliza normalmente la fase instructora del procedimiento, cabe la posibilidad de que el órgano competente para resolver estime que dicha labor de instrucción no resulta suficiente. Por ello, el **artículo 20.1 RD 1398/1993** prevé que dicho órgano

pueda «decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el Procedimiento». Esta decisión ha de notificarse al inculpado, el cual, en el plazo de siete días, podrá formular las alegaciones que estime oportunas prevé que dichas actuaciones complementarias, cuando sean realizadas, se le pongan de manifiesto al inculpado para que pueda alegar sobre ellas, si lo desea; una omisión que vulnera claramente el derecho de defensa, sobre todo cuando dichas actuaciones sean relevantes en cuanto al contenido de la decisión que finalmente se adopte.

Terminados todos los trámites anteriores, el órgano competente dictará la **resolución** sancionadora, la cual deberá dictarse en el plazo de diez días desde la recepción de la propuesta de resolución, habiendo de ser notificada acto seguido al inculpado, tal y como se establece en el artículo 20.2 RD 1398/1993. Por lo que se refiere al incumplimiento de este plazo de 10 días, cabe decir que la Jurisprudencia es unánime al entender que se trata tan solo de una irregularidad no invalidante.

En cuanto al contenido de la resolución cabe decir de conformidad con el **artículo 20.2 RD 1398/1993** que la misma deberá ser motivada y congruente, esto es decidir «todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento»; en ella no se podrán tener en cuenta hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten de las actuaciones complementarias ( **artículo 20.3 RD 1398/1993**).

Cabe la posibilidad de que el órgano competente para resolver no esté conforme con la propuesta de resolución que le eleve el instructor; en tal supuesto, si considera que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado, al objeto de que, en el plazo de quince días, pueda formular las alegaciones que estime convenientes, de conformidad con lo establecido en el **artículo 20.3 RD 1398/1993**.

En orden a la **caducidad** del procedimiento sancionador, el **artículo 20.6 RD 1398/1993** establece: *“Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7 , se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones.”*

La manera en que se procede al cómputo de este plazo genérico de 6 meses exige analizar cual es el día inicial y cual es el día final de dicho plazo. Al respecto cabe decir que es pacífica la doctrina jurisprudencial que entiende que por día inicial es el día en que se adopte el acuerdo de incoacción, con independencia del día en que dicho acuerdo sea notificado al presunto infractor. Esto nos permite no tener en cuenta otros días como puede ser el día de la denuncia o levantamiento del acta de infracción por parte de los agentes de la autoridad. Por el contrario, como día final se considera áquel en que se notifique la resolución sancionadora, con independencia del día en que se acuerde tal resolución. Y ello sin perjuicio de la existencia de normativa sectorial que establece otros plazos y otro sistema de cómputo.

Finalmente cabe decir que no cabe confundir el instituto de la prescripción y el de la caducidad, siendo una de las principales diferencias que la prescripción es susceptible de interrupción, mientras que la caducidad no permite tales interrupciones, salvo en causas muy tasadas.

## **D.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL SIMPLIFICADO**

Los artículos 23 y 24 del RD 1398/1993 se refieren a un procedimiento especial simplificado para aquellos casos en que la infracción tenga carácter leve. La principal especialidad es el establecimiento del plazo de un mes para la tramitación de este expediente sancionador, siendo la regulación específica del mismo la siguiente.

### **“Artículo 23. Procedimiento simplificado**

Para el ejercicio de la potestad sancionadora en el supuesto de que el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, se tramitará el procedimiento simplificado que se regula en este Capítulo.”

### **“Artículo 24. Tramitación**

- 1.-La iniciación se producirá, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II , por acuerdo del órgano competente en el que se especificará el carácter simplificado del procedimiento y que se comunicará al órgano instructor del procedimiento y, simultáneamente, será notificado a los interesados.
- 2.- En el plazo de diez días a partir de la comunicación y notificación del acuerdo de iniciación, el órgano instructor y los interesados efectuarán, respectivamente, las actuaciones preliminares, la aportación de cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición y práctica de la prueba.
- 3.- Transcurrido dicho plazo, el órgano competente para la instrucción formulará propuesta de resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 o, si aprecia que los hechos pueden ser constitutivos de infracción grave o muy grave, acordará que continúe tramitándose el procedimiento general según lo dispuesto en el artículo 17 , notificándolo a los interesados para que, en el plazo de cinco días, propongan prueba si lo estiman conveniente.



4.- El procedimiento se remitirá al órgano competente para resolver, que en el plazo de tres días dictará resolución en la forma y con los efectos previstos en el Capítulo IV . El procedimiento deberá resolverse en el plazo máximo de un mes desde que se inició.”

El principal problema que plantea esta tramitación es la posibilidad de caducar este tipo de expedientes al tener un plazo de tramitación muy inferior al genérico de 6 meses, sobre todo en aquellos casos en que la tramitación fue la ordinaria, aun estando en presencia de una sanción leve. Así, es muy común la alegación de caducidad del expediente tramitado de manera ordinaria para una sanción leve por excederse del plazo de un mes. Es minoritaria la jurisprudencia menor (estas sanciones se ventilan ante los juzgados de lo contencioso-administrativo sin casi acceder a apelación por tener un importe inferior a 18.000 euros) que estima la alegación de caducidad, siendo mayoritaria la que lo deniega sobre la base de las mayores garantías que aporta el procedimiento ordinario de 6 meses, a lo que se añade la incertidumbre de la sanción final que va a recaer en el concreto expediente sancionador.

SANTIAGO VALENCIA VILA

## **BIBLIOGRAFIA**

- Santamaría Pastor, J. "Fundamentos de derecho administrativo". Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1988
- Santamaría Pastor, J. "Principios de derecho administrativo. La actividad sancionadora". Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1998,

- García de Enterría, E. "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional". Revista española de derecho administrativo 29, 1982.
- García de Enterría, E. y Fernandez, Tomás Ramón "Curso de derecho administrativo" Civitas, Madrid, 2000, dos tomos.

**19. LA RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN.  
CARACTERÍSTICAS DE LA  
INSTITUCIÓN  
EN EL SISTEMA ESPAÑOL.  
LESIÓN DETERMINANTE,  
SUJETOS IMPUTABLES Y  
CAUSAS DE IMPUTACIÓN. LA  
EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN.  
LA ACCIÓN DE  
RESPONSABILIDAD.**



## **PARTE IV TEMA 19: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL. LESIÓN DETERMINANTE, SUJETOS IMPUTABLES Y CAUSAS DE IMPUTACIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

#### **1.1. GARANTÍA PATRIMONIAL DEL CIUDADANO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXPROPIACIÓN FORZOSA.**

Como señala Santamaría Pastor, el ordenamiento jurídico español **garantiza la integridad patrimonial del ciudadano** mediante dos instituciones, que son la expropiación forzosa (art. 33.3 CE) y la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2 CE).

Para distinguir ambas instituciones, la doctrina ofrece dos teorías:

- La primera, defendida por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, indica que la expropiación forzosa se refiere a supuestos de privación singular de la propiedad realizados de modo **directo** y **voluntario** (expropiación de un terreno para construir una autovía). Por el contrario, la responsabilidad patrimonial cubriría los daños ocasionados por las Administraciones por acciones u omisiones que persiguen un **fin distinto de la privación**, pero que implican, como efecto no querido, la generación de un daño.

- La segunda teoría señala que la expropiación forzosa incurre en ablaciones patrimoniales realizadas de forma **legítima y ajustada a derecho**, mientras que la institución de la responsabilidad patrimonial entraría en juego ante las realizadas de forma **ilícita**.

#### **1.2. TIPOS DE RESPONSABILIDAD.**

La responsabilidad puede ser **contractual**, cuando deriva del incumplimiento de algún contrato, o puede ser **extracontractual** (también llamada “aquiliana”, porque fue la Ley Aquilia, en Roma, la primera en regularla), cuando no deriva del incumplimiento de un contrato. Esta última es la que se verá en este tema.

La responsabilidad se dice que es **directa** cuando un sujeto responde por actos propios, e **indirecta** cuando se responde por los actos de terceras personas.

Asimismo, la responsabilidad puede ser **solidaria**, cuando los responsables responden en los mismos términos, mientras que es



**subsidiaria** cuando el responsable directo no puede hacer frente a la indemnización por insolvencia.

Se habla de responsabilidad **subjetiva** cuando requiere para que sea efectiva dolo (intención al causar el daño) o culpa (negligencia) del sujeto activo, y **objetiva** cuando la responsabilidad nace del riesgo fortuito derivado de la propia actividad que desarrollan las personas, o de los servicios que prestan las instituciones, sin referencia a ningún componente de dolo o culpa.

Existe también una diferenciación entre responsabilidad **penal**, referida a las penas y sanciones de quienes cometen delitos o faltas, y responsabilidad **civil**, que aunque estrictamente sólo haría referencia a la responsabilidad derivada de las leyes civiles, en sentido amplio puede extenderse a toda obligación de reparación material por una lesión causada a terceros (Melón Muñoz).

### 1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Siguiendo a Santamaría Pastor, la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial podría sintetizarse en las siguientes notas:

a) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no siempre se ha reconocido. La concepción romana de la *potestas* imperial, unida a la teoría del origen divino del poder del monarca en la **Edad Media**, se tradujeron por la doctrina inglesa en la idea, generalizada en Occidente, de que el rey no puede cometer ilegalidad ni daño de ningún tipo (*the king can do not wrong*), propiciando la **negación de cualquier tipo de responsabilidad de las Administraciones Públicas**.

La llegada del **Estado moderno** no varió este axioma, y los defensores del Estado absoluto (Bodin) se apoyaron en el principio de que el príncipe no está sometido a la ley (*princeps legibus solutus est*) para seguir negando la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Como señalan García de Enterría y T.R. Fernández, ni siquiera la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de **1789**, que sí sienta las bases de la expropiación forzosa y establece la obligación de indemnizar cuando ésta se aplique, menciona la responsabilidad patrimonial, con lo que el Estado revolucionario burgués pasa a subrogarse en los privilegios del príncipe con respecto a los daños no expropiatorios.

b) Según las actividades públicas se fueron intensificando a lo largo del **siglo XIX**, y una vez que la responsabilidad patrimonial extracontractual entre personas de derecho privado pasó a contar con regulaciones



completas en los códigos civiles, los tribunales contenciosos empezaron a plantearse la posibilidad de aplicar este concepto privado al ámbito de las Administraciones Públicas.

Su reconocimiento oficial dio sus primeros pasos en España a través de **leyes especiales**, como la Ley de 9 de abril de 1842, referida a los daños causados por las fuerzas militares durante la primera guerra carlista, el artículo 14 de la Ley de policía de ferrocarriles de 1877, sobre daños causados a los particulares por el ferrocarril, o el artículo 132 de la Instrucción de sanidad de 1904, relativa a la destrucción o deterioro de objetos cuando lo exija la garantía de la desinfección (citadas, entre otras, por García de Enterría y T.R. Fernández), que supusieron una admisión excepcional.

c) El **Código civil de 1889** estableció en su artículo 1902 que “la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”, con lo que se generalizaba la responsabilidad por culpa, pero el artículo 1903 disponía que “el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”.

Lejos de generalizar la responsabilidad extracontractual del Estado, la doctrina jurisprudencial de la época entendió que el Estado respondería de los daños sólo cuando actuase a través de un “**agente especial**”, y no de forma genérica. A esta responsabilidad por la actuación a través del agente especial, se le sumarían los supuestos previstos en leyes especiales, ya comentados.

d) La normativa de la Segunda República dio un nuevo impulso, ya que, siguiendo a la Constitución alemana de Weimar, la **Constitución de 1931**, en su artículo 41, reconoció por primera vez la obligación indemnizatoria de los entes públicos, aunque sólo de forma subsidiaria respecto de la del funcionario que, en el ejercicio de su cargo, infringiera sus deberes con perjuicio de tercero, fórmula que también recogió la posterior **Ley Municipal de 1935**, artículo 209.

Esta normativa tuvo en la práctica poca aplicación debido al estallido de la Guerra Civil en 1936.

e) Fue la normativa franquista de los años 50 la que daría pasos determinantes en el desarrollo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:



- La **Ley de régimen local de 1950**, continuadora de su homóloga republicana, estableció, por un lado, la responsabilidad directa de las entidades locales en el caso de daños producidos por el funcionamiento de los servicios públicos, sin que concurriera culpa o negligencia graves de las autoridades o funcionarios (art. 405), y por otro, la responsabilidad de carácter subsidiario cuando los daños hubieran sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a dichas autoridades o funcionarios (artículo 406).

- La **Ley de expropiación forzosa de 1954** marca un hito en el desarrollo de la institución, ya que su artículo 121.1, actualmente vigente, establece por primera vez con carácter general la responsabilidad directa de la Administración.

- La **Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957**, ya derogada, amplió el ámbito de los daños indemnizables, no limitándolos a los de carácter patrimonial, y estableció la responsabilidad directa del Estado cuanto éste actuara en relaciones de Derecho privado. Al aplicarse sólo al Estado, creó diferencias de régimen entre éste y las demás Administraciones.

f) La **Constitución española de 1978** introdujo varios artículos relacionados con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

- El artículo **9.3** señala que la Constitución “garantiza... la responsabilidad... de los poderes públicos”.

- El artículo **106.2** vino a consagrar los principios fundamentales de la normativa preconstitucional al establecer que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

- El artículo **121** aborda el ámbito judicial, al establecer que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

- Por fin, el artículo **149.1.18ª** otorgó competencia exclusiva al Estado para regular “el sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas”.

g) La **Ley orgánica 6/1985**, de 1 de julio, del poder judicial, abordó la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la justicia a través de sus



artículos **292 a 297** (el 293, modificado por la Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción militar).

h) El tratamiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas con carácter genérico, fue objeto de regulación en ocho artículos (139 a 146) del **título X** de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP).

i) Este articulado se completaría a nivel reglamentario en 1993 con el **Real decreto 429/1993**, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

j) En 1999, la **Ley 4/1999**, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, afectó a sus artículos 140, 141 y 144 a 146, dando al título X de la Ley 30/1992 su configuración actual.

k) Como complemento a esta normativa general, se puede aludir a **regulaciones específicas** (“leyes especiales”).

Ejemplo de estas regulaciones específicas lo encontraríamos en el artículo 22 del Real decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el **Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales**, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, que establece que “Los operadores postales (Correos y Telégrafos) están obligados a indemnizar, salvo causa de fuerza mayor o por razones imputables a los servicios aduaneros, por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales certificados que se les confíen para su circulación”, lo que excluye la responsabilidad en el caso de la correspondencia ordinaria.

De acuerdo con Parada Vázquez, nos encontraríamos otro caso en las indemnizaciones que entrega el Estado a las **víctimas del terrorismo** por los daños sufridos a consecuencia de éste, reconocidas por primera vez por el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de protección de la seguridad ciudadana, y continuados por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y que según Parada, se fundamentan en el defectuoso funcionamiento del servicio de seguridad ciudadana. Al contrario, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández entienden que no estamos ante un sistema de responsabilidad en sentido propio, ya que el hecho causante no es





imputable al Estado ni a sus agentes y no se pretende asegurar la indemnidad total de las víctimas.

Las mismas consideraciones podrían realizarse con respecto a las ayudas y asistencia a las **víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual**, concedidas a través de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre.

Esta normativa a que hacen referencia los puntos f) a k), junto con los artículos 120 a 123 de la Ley de Expropiación forzosa, conforma la **normativa vigente** sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

#### **1.4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.**

De acuerdo con Melón Muñoz, el fundamento último de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que justifica su existencia, es la **igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas**, que les faculta a reclamar frente a las Administraciones Públicas cuando éstas les causen un daño específico y singular, que no tengan el deber de soportar, y que supere el sacrificio general o carga pública media exigible a todos los ciudadanos.

Este autor añade, como fundamento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la **reparación del riesgo social**, en la medida en que si la actividad de la Administración va encaminada al interés general, es de justicia que los daños que cause en dicha actividad sean resarcidos económicamente por la colectividad.

## **2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA.**

### **2.1 Responsabilidad total: Garantía frente a daños provenientes de cualquier poder público.**

Como se indica más adelante, el ordenamiento jurídico español garantiza al ciudadano la indemnidad de su patrimonio frente a daños provenientes no sólo de una Administración Pública, sino **de cualquier poder público** (incluyendo órganos legislativos y judiciales).

### **2.2. Responsabilidad directa.**

La Administración responde **directamente** (no subsidiariamente) de la actuación de las personas físicas que le sirven. De ahí que el artículo 145.1 LRJAP señale que "...los particulares exigirán directamente a la

Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

De esta manera, si un funcionario de la Xunta causase daño a un particular en el ejercicio de sus funciones profesionales, el particular no debería dirigir la reclamación de responsabilidad frente al funcionario en cuestión, sino a la propia **Xunta**, ya que ésta responde directamente de las actuaciones del funcionario.

Como se verá más adelante, esto no impide que la Xunta, tras indemnizar al particular, exija a su vez responsabilidades (se dice que ejerce una “**acción de regreso**”) a dicho funcionario, si entiende que actuó con dolo, culpa o negligencia grave.

### **2.3. Responsabilidad objetiva.**

Significa que la Administración, en principio, debe responder **con independencia de si ha existido dolo** (voluntad deliberada) **o culpa** (negligencia) en la producción del daño.

Esta característica constituye la gran **diferencia** teórica entre la responsabilidad patrimonial entre particulares y la que tiene lugar entre los poderes públicos y éstos, pues mientras la normativa civil exige culpa o negligencia para la responsabilidad extracontractual entre particulares (artículo 1.902 CCi: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”), la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas excluye esta exigencia.

De esta manera, la responsabilidad de las Administraciones Públicas se va a configurar, no como una sanción por un comportamiento inadecuado, sino en un **mecanismo objetivo de reparación** que se pone en funcionamiento cuando se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría).

## **3. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD.**

### **3.1. LESIÓN DETERMINANTE.**

La **lesión** determinante de la responsabilidad no es cualquier daño o disminución patrimonial, sino que debe tratarse de un daño o disminución patrimonial antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizable en el patrimonio de una persona o conjunto de personas.

#### **A) Antijuridicidad.**



El artículo 141.1 LRJAP establece que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste **no tenga el deber jurídico de soportar** de acuerdo con la ley”.

Como indican García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es indiferente si el acto que produce el daño es **lícito o no**, pues no es antijurídico por la manera de producirse. Lo determinante es que **no exista el deber jurídico de soportar el daño**, por lo que se trata de una antijuridicidad estrictamente **objetiva**.

Señala Santamaría Pastor que el **deber jurídico de soportar** un daño o disminución patrimonial puede venir determinado por una **Ley** (el pago de un impuesto, o el abstenerse de hacer algo prohibido), un **acto administrativo** dictado en aplicación de una ley (sanción de tráfico), de un **contrato** (penalidades diarias por incumplimiento del plazo de ejecución), o incluso de actividades derivadas de **potestades administrativas** en casos en los que el ordenamiento jurídico no establece claramente un deber para los ciudadanos de soportar dicho daño o lesión patrimonial (como la peatonalización de una calle, que puede perjudicar a los comerciantes de la misma).

García de Enterría y T.R. Fernández añaden tanto la vinculación del ciudadano con sus **actos propios**, como sería asumir los riesgos voluntariamente aceptados (una intervención quirúrgica, de acuerdo con los conocimientos y el estado de la técnica, y las circunstancias de lugar y tiempo), como la obligación de soportar las **cargas generales** de la vida individual y colectiva (como la pérdida de paisaje resultante de la ejecución de una obra pública, soportar ciertos retrasos en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, o los efectos inherentes o propios de la terapia establecida para su curación, aunque pueda provocar dolor, por ejemplo).

El artículo 141.1 LRJAP añade que “no serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que **no se hubiesen podido prever o evitar** según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Ejemplo de esta previsión es la STS de 31 de mayo de 1999, relativa a un caso de transfusión de sangre que infectó a una persona con el virus de la hepatitis C, realizada en un momento en que técnicamente no era posible detectar el virus en el plasma sanguíneo.

La **carga de la prueba** de que los hechos o circunstancias de los que se derive el daño no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de

los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos recae en la Administración.

## **B) Efectividad.**

El artículo 139.2 LRJAP exige que el daño sea efectivo, lo que significa que tiene que ser **actual** y **real**, no quimérico o meramente posible.

En el límite entre la efectividad y la irrealidad nos encontramos el caso del equipo de fútbol, que por culpa del retraso de un transporte público, pierde sus opciones reales de jugar un partido y ascender de categoría, caso indemnizable, frente al supuesto en el que una persona pide una indemnización por haber sido atropellada por una ambulancia y haber perdido tanto sus opciones de comprar un décimo de lotería como sus mínimas opciones de haber sido premiada, caso no indemnizable.

En todo caso, la **carga de la prueba** de la efectividad de la lesión recae en la persona que la alega.

Relacionado con la efectividad está el **objeto** de la lesión. De acuerdo con el artículo 139.1 LRJAP, pueden ser “cualesquiera de sus bienes y derechos”, lo que significa que pueden ser tanto los de carácter patrimonial (destrucción de un coche), como los de carácter personal sin repercusión patrimonial (como la muerte de un niño que no tenía ningún ingreso, o la causación de dolor, que no provoca ninguna pérdida patrimonial), o los daños morales (los relativos a la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, como la expulsión de España de un ciudadano extranjero confundido con otro que le había robado la documentación).

## **C) Evaluabilidad económica.**

El artículo 139.2 LRJAP también exige que el daño sea evaluable económicamente, lo que debe ser entendido en sentido laxo.

Efectivamente, la concreción en términos monetarios de los daños sobre bienes o derechos **patrimoniales** puede no tener gran dificultad, contrastándolos con el valor de los bienes o derechos en el mercado. En cambio, el valor de los daños **personales** y **morales** (el *pretium doloris*) exigen un juicio estimativo, una apreciación conjunta y racional, aunque no matemática, que ante la ausencia de módulos objetivos intente traducir a términos monetarios circunstancias complejas y subjetivas (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 2 de diciembre de 1995, 20 de julio de 1996, 5 de junio de 1997 y 20 de enero de 1998).



Parada Vázquez advierte que, en todo caso, la evaluación económica no es necesario apreciarla en el momento de la reclamación administrativa, ni siquiera en la demanda (al reclamar en vía judicial), porque su concreción cuantitativa puede relegarse al trámite de **ejecución de sentencia**, una vez que la misma reconozca el derecho a ser indemnizado.

#### **D) La individualización del daño.**

Es otro requisito del artículo 139.2 LRJAP, que tiene su razón de ser en la **imposibilidad económica** de resarcir daños que afecten a la generalidad de la ciudadanía, como los daños que pueda provocar la actividad industrial de las Administraciones Públicas sobre la capa de ozono o el cambio climático (Conde Castelo), o la suspensión del tráfico rodado por ciertas calles de una ciudad durante las fiestas patronales.

Este requisito de la individualización del daño no exige que se concrete en una única persona, ya que permite que lo haga en una pluralidad determinada de personas (“un **grupo de personas**”), como podrían ser los habitantes de un edificio que amenaza ruina por culpa de unas obras municipales realizadas en sus cimientos, o incluso las empresas situadas en una determinada zona.

Como indica Santamaría Pastor, el dato determinante es que el colectivo sufra un “**sacrificio especial**”, una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

### **3.2. IMPUTACIÓN DEL DAÑO: SUJETO ACTIVO, ACTIVIDAD DAÑOSA Y NEXO CAUSAL.**

#### **3.2.1. SUJETOS IMPUTABLES.**

Desde el punto de vista del sujeto activo, causante de la lesión, la responsabilidad puede calificarse, como hace Santamaría Pastor, y como ya se indicó más arriba, de **total**, en la medida en que engloba a todos los poderes públicos, incluyendo a:

**A) Las Administraciones Públicas** (de las que no se excluyen las instrumentales, es decir, los organismos públicos), independientemente de si actúan sometidas a derecho administrativo o privado (artículo 144 LRJAP).

La responsabilidad de las Administraciones provendrá de las acciones u omisiones provenientes de cualquier persona al servicio de las mismas, entendiendo el concepto de servidor público en sentido amplio, incluyendo a funcionarios, personal laboral, personal eventual (cargos de confianza),



e incluso personas que desempeñen por cualquier título, de forma ocasional o permanente, funciones públicas, como un cónsul honorario.

García de Enterría y T.R. Fernández, incluyen supuestos todavía más extremos, como el del mero gestor oficioso o *de facto*, o el del daño provocado por persona que se encuentre bajo la autoridad o custodia de la Administración, como el caso del enfermo mental que se arroja por la ventana de un hospital, matando a un transeúnte e hiriendo gravemente a otro, STS 12 de marzo de 1975.

Sólo en el caso de que estas personas causaran el daño en actuaciones completamente ajenas a las funciones públicas, la Administración no quedaría imputada.

Tampoco son imputables a las Administraciones Públicas las actuaciones de:

- Los contratistas, salvo cuando los daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o cuando los daños se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación (artículo 198 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público).

- Los concesionarios, salvo que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste (artículo 121.2 LEF).

- Los profesionales que ejercen funciones públicas, como los notarios.

**B) Los órganos legislativos:** Cortes Generales y parlamentos autonómicos.

Su responsabilidad puede derivar:

- De la aprobación de leyes, con lo que estaríamos ante la llamada responsabilidad del Estado-legislador, a la que se refiere el artículo 129.3 LRJAP, y que tiene su ejemplo más claro en los daños causados por una Ley declarada inconstitucional.

- De su actividad interna o doméstica, como sería un atropello provocado por un automóvil adscrito al Congreso de los Diputados.

**C) Los órganos judiciales,** por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de justicia, de acuerdo con los artículos 292 a 297 LOPJ.





Dentro del término Administración de justicia, de acuerdo con Melón Muñoz, que recoge la doctrina del Consejo de Estado y Tribunal Supremo, hay que entender incluida la actividad de jueces y magistrados, servicios esencialmente unidos al funcionamiento de la justicia (secretarios, oficiales, auxiliares y agentes), instituciones penitenciarias, órganos de gobierno del Poder Judicial (en cuanto a cuestiones procesales y de desarrollo legislativo), el Ministerio Fiscal, el Tribunal de Cuentas, los tribunales consuetudinarios (Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, integrado en el Consejo General del Poder Judicial), la policía judicial (en caso de dependencia funcional de jueces y fiscales), jurisdicción voluntaria (deslindes), y peritos judiciales (incluidos médicos forenses).

En relación a la responsabilidad de órganos legislativos y judiciales, analizada en los dos últimos apartados, destaca el artículo 139.5 LRJAP, que señala que “El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado”.

### 3.2.2. ACTIVIDAD DAÑOSA.

El artículo 130.1 LRJAP señala que las Administraciones tienen obligación de indemnizar “siempre que la lesión sea consecuencia del **funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos**”.

Debe entenderse el término “**servicio público**” en sentido amplio, considerándose indemnizables los daños causados por cualquier tipo de actividad de la Administración, incluyendo, como señala Parada Vázquez:

- La actividad del servicio público en sentido estricto, es decir, la prestacional.
- La actividad de policía o limitación.
- La actividad sancionadora.
- La actividad arbitral.
- La actividad de fomento, cuando favorezca a unos administrados en detrimento de otros.

La actividad dañosa puede derivar de una **acción** u **omisión**, siendo ejemplos de esta última el incumplimiento de deberes de inspección urbanística por parte de la Administración, o la dejación de autoridad, al no impedir la invasión de una concesión marisquera. El mero retraso en la tramitación de expedientes no genera responsabilidad, salvo que la



tardanza sea totalmente desproporcionada (como la de cuatro años en resolver un recurso de alzada contra una sanción que privaba al interesado de un carné profesional necesario para ejercer su actividad).

**Formalmente**, de acuerdo con Santamaría Pastor, la responsabilidad puede derivar:

a) De la simple emisión de **normas reglamentarias**, aunque en márgenes muy estrechos, por dos motivos:

- Los reglamentos son normas que crean deberes jurídicos, por lo que se eliminaría la antijuridicidad del perjuicio, siempre y cuando esos deberes provengan de una norma superior (una ley), y no del mismo reglamento.

- La generalidad del reglamento impide que el daño se pueda circunscribir a un “grupo de personas”. Tendría que tratarse de un reglamento con un ámbito de destinatarios muy reducido y perfectamente identificable.

b) De **actos administrativos** formales (como una sanción de tráfico, o la expropiación de un bien).

c) De **actuaciones materiales**, que transformen la realidad física (como en el caso en que un coche de policía chocase contra una casa).

d) La **inactividad** de la Administración, consistente en la omisión de los deberes de actuar que impone el ordenamiento jurídico, como el incumplimiento de deberes de inspección urbanística por parte de la Administración, la no reparación de baches en la carretera, la muerte de un enfermo por falta de asistencia del personal de un hospital, o la dejación de autoridad, al no impedir la invasión de una concesión marisquera. Como se dijo, el mero retraso en la tramitación de expedientes no genera responsabilidad, salvo que la tardanza sea totalmente desproporcionada.

Por **funcionamiento anormal** de los servicios públicos hay que entender que la Administración ha actuado de forma incorrecta técnicamente, de acuerdo con estándares medios de eficacia que, a falta de mayor criterio objetivo, son determinados empírica y casuísticamente por la jurisprudencia.

Funcionamiento anormal en ningún caso significa que la actuación se haya realizado con dolo o culpa por parte del autor del daño, ni que la actuación sea ilegal, ilícita o ilegítima, ya que, como antes se dijo, a diferencia de la regulación genérica de la responsabilidad extracontractual en el Código





civil, la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas es **objetiva**, y no requiere dolo o culpa del causante del daño.

Con respecto al **funcionamiento normal**, Parada Vázquez y Santamaría Pastor coinciden al relacionarlo con supuestos de responsabilidad por riesgo, es decir, los derivados de la mera existencia de la actividad administrativa, de cuyas consecuencias dañosas debe responder, como sería el caso de la STS de 14 de junio de 1991, en la que se condena a la Administración a pesar de que no se aprecia anormalidad en el funcionamiento del hospital ni falta alguna en el cirujano por la muerte de un paciente en una operación quirúrgica.

Se incluiría también en estos supuesto los daños causados por **caso fortuito**, que se diferencia de la fuerza mayor en que, además de ser indeterminado -en cuanto a que se ignora la causa del accidente productor de la lesión-, el daño está directamente conectado con el funcionamiento de la Administración, como la explosión imprevisible del motor de un vehículo de la Administración en plena calle, el estallido repentino de una bombona de oxígeno en un hospital, o incluso la “mala suerte” derivada de la decisión del cirujano “de atender prioritariamente al aneurisma del lado derecho en vez del izquierdo, opción legítima desde las reglas de las *lex artis*, pero que resultó *a posteriori* y a nivel de experiencia desacertada” (STS de 14 de junio de 1991). Por su parte, la **fuerza mayor** (que excluye, ex artículos 106.2 CE y 139.1 LRJAP, la responsabilidad de la Administración), aunque pudiera ser prevista, es inevitable, insuperable e irresistible, y, sobre todo, tiene un origen externo y extraño a la actividad de la Administración, como podría ser un terremoto, maremoto o erupción volcánica. La carga de la prueba de la concurrencia de la fuerza mayor recae en la Administración (STS de 7 de diciembre de 1981)

Santamaría Pastor también incluye entre estos supuestos de funcionamiento normal los de responsabilidad por **enriquecimiento sin título** de la Administración. Son casos en los que la Administración obtiene una ventaja al tiempo que otra persona sufre por ello un daño o disminución patrimonial (como en la construcción en exceso que pudiera haber realizado un contratista a favor de la Administración fuera de los estrictos términos del contrato).

### 3.2.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

El artículo 139.1 LRJCA establece que la lesión debe ser **consecuencia** del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El problema de la relación de causalidad radica en que comúnmente a la producción de un resultado lesivo determinado pueden contribuir **varias**



**causas**, lo que ha llevado a la jurisprudencia a seguir ciertas teorías, como la de la **causalidad exclusiva** (que sólo hacía responsable a la Administración cuando el daño se había debido a la exclusiva intervención de la Administración), **equivalencia de las condiciones** (que igualaba a todas las causas y permitía que se impusiese la obligación de indemnizar al autor de cualquiera de ellas) y la de la **causalidad adecuada** (por la que se seleccionaba una de las causas, por sí sola idónea para producir el daño, y si esa causa era la de la Administración, a ella se le hacía responder).

Señalan García de Enterría y T.R. Fernández que el juez tiene que deslindar entre el poder causal de cada hecho y asignar a cada causa una parte del daño, y a cada agente una parte de la indemnización correspondiente. La dificultad de la tarea hace que jurisprudencia española y extranjera renuncien a cualquier intento de categorización y se limite a resolver caso por caso, con cierta flexibilidad.

Además de la intervención de una **causa extraña**, como es la **fuerza mayor**, que ya se comentó anteriormente, la doctrina habla de otros supuestos:

#### **A) Conducta culposa de la víctima.**

En principio, no supone exoneración total de responsabilidad de la Administración, pero sí una prudente **moderación** de la misma, produciéndose una compensación de culpas (SSTS de 23 de noviembre de 1993, 18 de noviembre de 1994 y 4 de octubre de 1995).

Si a pesar de que la víctima actuó de forma culposa (no se detuvo en un control de carretera), la Administración actuó de forma **desproporcionada** (abatió a tiros a los ocupantes del coche), se atribuye la obligación de indemnizar íntegramente a la Administración.

No obstante, la responsabilidad de la Administración queda **excluida** cuando haya concurrido intencionalidad o grave negligencia de la víctima (STS de 5 de diciembre de 1997).

#### **B) Intervención de un tercero.**

Señala Santamaría Pastor que la intervención del tercero no rompe el nexo causal, imponiendo la jurisprudencia a la **Administración íntegramente** el deber de indemnizar (sobre todo en casos de difícil identificación del tercero), aceptándose una solidaridad tácita entre los distintos causantes del daño.

#### **C) Concurrencia de varias Administraciones.**



Señala el artículo 140.1 LRJAP que “Cuando de la gestión dimanante de **fórmulas conjuntas de actuación** entre varias Administraciones Públicas derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas”.

Por fórmulas conjuntas de actuación se entienden los pactos previos de actuación, a los que se refiere el artículo 6 LRJAP, o los procedimientos complejos, como los planes urbanísticos, mientras que la responsabilidad solidaria alude a la obligación de cada Administración de responder íntegramente por la lesión ante el interesado, por más que el reparto de responsabilidad entre las Administraciones participantes pueda luego obedecer a porcentajes fijados entre ellas, según lo pactado o según su nivel de responsabilidad en la actuación lesiva.

Si la actuación **no dimana de fórmulas conjuntas de actuación**, sino de la casualidad o las circunstancias (guardias civiles y policías autonómicos causan daños en un local en el que se ha atrincherado un delincuente), el artículo 140.2 LRJAP establece que “en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

#### **4. EL CONTENIDO DEL DEBER DE INDEMNIZAR.**

##### **4.1. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN.**

###### **4.1.1. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL.**

La indemnización debe suponer una **reparación integral** de todos los daños y perjuicios causados por la actuación administrativa, incluyendo tanto el **daño emergente** (valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados) como el **lucro cesante** (ganancia dejada de obtener, siempre que resulte probada y no sea expresión de deseos infundados; SSTs de 22 de noviembre de 1985 y de 5 de diciembre de 1997).

###### **4.1.2. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN.**

El artículo 141.2 LRJAP establece que “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de



expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el **mercado**", lo que en la práctica deja a la Administración y al juez un margen bastante amplio de apreciación.

## 4.2. FECHA DE VALORACIÓN DEL PERJUICIO.

De acuerdo con el artículo 141.3 LRJAP, "La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al **día en que la lesión efectivamente se produjo**, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al **índice de precios al consumo**, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los **intereses que procedan por demora** en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley general presupuestaria".

En caso de procedimiento contencioso-administrativo, debe computarse todo el tiempo que dure, a efectos de actualización de la cuantía y del cómputo de intereses.

## 4.3. MODALIDADES DE INDEMNIZACIÓN.

La persona que sufre la lesión tiene derecho a **dinero**, y a recibirlo **en un solo pago**, pero el artículo 141.4 LRJAP establece que la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación **en especie** (también llamada "reparación in natura"; sería el caso en que la Administración entrega al lesionado un vehículo similar al que la Administración le ha destrozado) o ser abonada mediante **pagos periódicos** (a plazos), cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público (artículo 103.1 CE), siempre que exista acuerdo con el interesado (la Administración no puede imponer estas modalidades de indemnización).

## 5. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.

### 5.1. EL PLAZO PARA RECLAMAR.

El artículo 142.5 LRJAP señala que "En todo caso, el derecho a reclamar **prescribe al año** de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

Al ser un plazo de prescripción, puede ser **interrumpido**, de acuerdo con el artículo 1973 del Código civil: "La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación



extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”.

Por su parte, el artículo 142.4 LRJAP establece que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los **actos o disposiciones administrativas** no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma (llama la atención esta condicional de la ley pues, de ser impugnable, siempre lo es por razón de su fondo o forma), el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva (firme, debería poner; y si la impugnación es en vía administrativa, resolución administrativa firme), no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5 (es decir, el plazo de un año no comienza cuando el acto o la disposición causan el daño o se manifiesta su efecto lesivo, sino cuando la sentencia o resolución administrativa que los anulan se convierten en firmes)”.

## 5.2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIÓN.

### **Procedimiento administrativo previo a la vía jurisdiccional, como principio general.**

Salvo casos en que es posible reclamar directamente la responsabilidad extrapatrimonial de las Administraciones Públicas ante la **Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, que luego se verán, el supuesto normal es el de exigir primeramente la reparación a la **Administración** causante de la lesión, a través de un **procedimiento administrativo específico** que se regula principalmente en los artículos 142 y 143 LRJAP y en el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPARP).

### **Tipos de procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial.**

De acuerdo con García-Trevijano, se distinguen tres tipos de procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial:

- El procedimiento **ordinario general** (art. 142 LRJAP y arts. 6 a 13 RPARP), con ciertas variantes.



- El procedimiento de **urgencia** (es el mismo que el anterior, pero acortando los plazos hasta la mitad, de acuerdo con el artículo 50.1 LRJAP ).

- El tercer supuesto sería el del procedimiento **abreviado**, o de urgencia cualificada (art. 143 LRJAP y 14 al 17 RPARP), que no se trata de un procedimiento distinto al ordinario general, sino simplemente una tramitación reducida de éste, que supera en brevedad al procedimiento de urgencia del artículo 50.1 LRJAP, como luego veremos.

Fuera de esta clasificación, podría establecerse el caso de la responsabilidad de las **autoridades y personal** al servicio de las Administraciones Públicas, con características propias.

### 5.2.1 PROCEDIMIENTO ORDINARIO GENERAL.

#### A) INICIACIÓN (artículos 4 al 6 RPARP).

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará **de oficio**, cuando la Administración advierta que ha causado alguna lesión (caso en el que tendrá la obligación de iniciarlo), o **por reclamación de los interesados**.

#### Inicio de oficio.

El procedimiento se podrá iniciar de oficio mientras **no haya prescrito** el derecho a la reclamación del interesado.

El acuerdo de iniciación del procedimiento **se notificará** a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de **siete días** para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo.

El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.

#### Iniciación por reclamación del interesado

En la reclamación que presente el interesado, éste deberán **especificar** las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la





proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.

## **B) INSTRUCCIÓN** (artículos 7 al 12 RPARP).

### **Terminación convencional.**

En cualquier momento del procedimiento **anterior al trámite de audiencia**, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio.

Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se seguirán los trámites previstos en los artículos 12 y 13 RPARP.

### **Pruebas**

En el plazo de **treinta días** se practicarán cuantas pruebas hubieran sido declaradas pertinentes.

Cuando sea necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un **período extraordinario de prueba**.

### **Informes.**

En todo caso, se solicitará **informe al servicio** cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Los informes serán emitidos en el plazo de **diez días**, salvo que el órgano instructor, atendiendo a las características del informe solicitado o del propio procedimiento, solicite su emisión en un plazo menor o mayor, sin que en este último caso pueda exceder de un mes.

### **Audiencia.**

Durante el plazo del trámite de audiencia (**entre diez y quince días**, según el art. 84.2 LRJAP), lo haya hecho o no con anterioridad, el interesado podrá proponer al órgano instructor la **terminación convencional** del procedimiento fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio que estaría dispuesto a suscribir con la Administración pública correspondiente.

En los procedimientos **iniciados de oficio**, cuando el interesado no se persone en trámite alguno del procedimiento, y no lo hiciese en el de audiencia, el instructor propondrá que se dicte resolución declarando el



archivo provisional de las actuaciones, sin entrar en el fondo del asunto. Tal archivo se convertirá en definitivo cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la reclamación, salvo que el interesado se persone en el procedimiento dentro de dicho plazo.

## **Dictamen.**

Según el art. 12 RPARP, concluido el trámite de audiencia, en el plazo de **diez días**, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la comunidad autónoma.

Distinguiendo entre Administraciones:

- Si la indemnización se solicita a la **Administración General del Estado**, el informe se solicitará preceptivamente al Consejo de Estado en el supuesto de “cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 €” (art. 142.3 LRJAP y 22.13 LOPJ).

- En el caso de que la Administración a la que se requiera la indemnización sea la **Xunta de Galicia**, el informe se solicitará al Consejo Consultivo de Galicia “en el supuesto de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 1.500 euros” (art. 11.j) de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, do Consejo Consultivo de Galicia (LCCG).

- Cuando se trate de una **Administración local**, el dictamen, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, no es preceptivo (Informe del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1993).

El dictamen, según el art. 12 RPARP, se emitirá en un plazo máximo de **dos meses**, pero el artículo 18 LCCG indica que el Consejo Consultivo de Galicia habrá de emitir sus dictámenes en el plazo de **un mes** a partir del momento de la recepción de la solicitud, con silencio positivo; en caso de urgencia, el plazo sería de quince días, salvo que el presidente de la Xunta, en atención a la materia y urgencia del asunto, fijase otro menor, que nunca podría ser inferior a diez días.

## **C) TERMINACIÓN.**

### **Órgano competente.**

- En la **Administración General del Estado**, el órgano competente será el Consejo de Ministros cuando una ley específicamente lo indique. En el resto de casos, será el Ministro del ramo correspondiente (art. 142.2 LRJAP ).





- En la **Xunta de Galicia**, el órgano competente será el Consello de la Xunta cuando una ley específicamente lo indique. En el resto de casos, será el Conselleiro del ramo correspondiente (art. 5 Ley 6/2001, de 29 de junio).

- En la **Administración Local**, el órgano competente será el pleno del municipio o diputación respectiva.

- En la **Administración institucional**, el órgano competente será el que corresponda a la Administración de la que dependa, o a la que esté vinculada, según las reglas que acabamos de ver (ministro, conselleiro, etc.), salvo cuando sus normas de creación establezcan que resuelva un órgano del propio organismo público (art. 142.2 LRJAP y 5 Ley 6/2001, de 29 de junio), como sucede en el caso de AENA con su Consejo de Administración, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley 14/2000, de 14 de diciembre.

### Trámites.

En el plazo de **veinte días** desde la recepción, en su caso, del dictamen o, cuando éste no sea preceptivo, desde la conclusión del trámite de audiencia, el órgano competente, o bien resolverá, o bien someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá.

Transcurridos **seis meses** desde que se inició el procedimiento, o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, de conformidad con el artículo 9 de este reglamento, sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es **contraria** a la indemnización del particular (art. 13 RPARP).

La resolución pone **fin a la vía administrativa** (art. 142.6 LRJAP).

### D) PARTICULARIDADES DE LA TRAMITACIÓN CUANDO LA RESPONSABILIDAD SEA CONCURRENTES DE VARIAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad, la **Administración competente** para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento será la fijada en los estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la



Administración pública con mayor participación en la financiación del servicio.

Preceptivamente deberá **consultarse** a las Administraciones Públicas implicadas en la fórmula colegiada (art. 18 RPARP).

### **E) PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.**

La disposición adicional 2ª RPARP establece que “en las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia, será preceptivo el **informe del Consejo General del Poder Judicial**. El plazo para dictar resolución quedará suspendido durante dos meses desde la solicitud del informe a dicho consejo”.

#### **5.2.2. PROCEDIMIENTO ABREVIADO.**

Cabe tramitar el procedimiento abreviado de forma **sobrevenida**, una vez abierto el procedimiento ordinario general, antes del trámite de audiencia, cuando a la vista de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general, el órgano instructor entienda que son **inequívocas** la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización. En estos casos, el instructor podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento abreviado.

El plazo de **audiencia** es sólo de 5 días. Durante el indicado plazo, tanto el órgano instructor como el lesionado podrá acordar proponer la **terminación convencional** del procedimiento fijando los términos de una propuesta de acuerdo indemnizatorio.

Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de cinco días el órgano instructor propondrá, cuando proceda, que se solicite **dictamen** preceptivo en los términos previstos en el artículo 12 de este reglamento. El dictamen deberá ser emitido en el plazo de diez días.

Recibido, en su caso, el dictamen o transcurrido el plazo para su emisión, el órgano competente, o bien **resolverá** el procedimiento, o bien someterá la propuesta de **acuerdo** para su **formalización** por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Si el dictamen a que se refiere el artículo anterior discrepa de la propuesta de resolución o de la propuesta de terminación convencional, el órgano competente para resolver acordará el levantamiento de la suspensión del



procedimiento general y la remisión de todo lo actuado al órgano competente para su instrucción, notificándolo al interesado.

Transcurridos **treinta días** desde la iniciación del procedimiento sin que haya recaído resolución, se haya formalizado acuerdo o se haya levantado la suspensión del procedimiento general podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

### **5.2.3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

La principal característica de esta responsabilidad reside en que pierde su carácter objetivo, ya que sólo se exigirá en caso de **dolo, culpa o negligencia** de la autoridad o el personal, y desde el punto de vista procedimental, la imposibilidad de iniciar el procedimiento a solicitud de interesado.

#### **A) Lesiones causadas a terceros por autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas.**

El artículo 145.1 y 2 LRJAP señala que los particulares exigirán **directamente** a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, remarcando el carácter directo de la responsabilidad de cada Administración con respecto a la actividad de sus autoridades y personal.

La Administración correspondiente, **cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio** de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. En este caso, la Administración ejerce la “acción de regreso” contra el causante material de la lesión.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes **criterios**: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

#### **B) Lesiones causadas a la propia Administración por autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas.**

Según el artículo 145.3, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios

causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

### **C) Procedimiento de exigencia de la responsabilidad.**

De acuerdo con el artículo 21 RPARP, para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, el órgano competente acordará la iniciación del procedimiento (**siempre se inicia de oficio**), notificando dicho acuerdo a los interesados, con indicación de los motivos del mismo, y concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes.

En todo caso, se solicitará **informe al servicio** en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

En el plazo de quince días se practicarán cuantas **pruebas** hayan sido admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas.

Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, concediéndole un plazo de diez días para que formule las **alegaciones** que estime convenientes.

Concluido el trámite de audiencia, la **propuesta de resolución** será formulada en un plazo máximo de cinco días.

El órgano competente **resolverá** en el plazo máximo de cinco días.

### **D) La responsabilidad penal de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas.**

El artículo 146.1 LRJCA establece que “la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la **legislación correspondiente** (Código penal de 1995 y Ley de enjuiciamiento criminal)”.

Esta responsabilidad se exige de modo **directo** a la autoridad o personal, sin perjuicio de que la Administración pueda responder como responsable civil subsidiario de las indemnizaciones, ex artículo 121 del Código penal.

Según el artículo 146.2 LRJCA, “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas **no suspenderá** los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se



instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”.

En los supuestos relacionados con los **servicios sanitarios**, lo normal es que primero se determinen los hechos en sede judicial, comprobándose si el servicio se acomodó a la *lex artis* de la profesión, es decir, a los protocolos médicos adecuados a las circunstancias, quedando mientras en suspenso el procedimiento administrativo.

En todo caso, el principio ***ne bis in idem*** impide que se condene a las autoridades o al personal a una doble indemnización en vía penal y administrativa.

### **5.3. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

#### **A) Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

La exclusividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de cuestiones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha seguido una **evolución tortuosa** que pasa por los siguientes hitos:

**a)** Con **anterioridad a 1954**, según la naturaleza de la relación jurídica en cuyo seno se producía la responsabilidad (civil, social o administrativa), así se atribuía a uno u otro orden jurisdiccional

**b)** Los artículos 128 de la **Ley de Expropiación Forzosa de 1954** y 3.b) de la **Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1956** fueron los primeros en introducir la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

**c)** El artículo 41 de la **Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957** reinstauró la pluralidad jurisdiccional, al indicar que “cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado (entre las que se incluye la responsabilidad), habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios (civiles)”.

Consecuencias negativas de esta pluralidad jurisdiccional reinstaurada fueron la aplicación de criterios dispares según el orden jurisdiccional que resolvía, y la apertura de procedimientos simultáneos por los reclamantes ante órganos jurisdiccionales de órdenes diversos, con el fin de conseguir en alguno de ellos una resolución favorable a sus intereses.



**d)** El artículo 9.4 de la **Ley Orgánica 6/1985**, de 1 de julio, **del Poder Judicial** (LOPJ) no ayudó a residenciar en los tribunales contencioso-administrativos el conocimiento de esta materia, ya que simplemente establecía que “Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias”, sin mención expresa, por tanto, de las responsabilidad patrimonial.

**e)** La **LRJAP de 1992** intentó, sin éxito en la práctica, atajar la pluralidad jurisdiccional y sus inconvenientes, al derogar expresamente el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y al declarar, en su artículo 144, que “Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, (...) la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley” (que inevitablemente culminaría en un acto o en un silencio administrativo, lo que conllevaría la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo).

La norma correcta debió ser la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es la que regula la competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales, por lo que los distintos órdenes hicieron caso omiso de la atribución legal planteada por la LRJAP.

La Disposición Transitoria Única del **Real Decreto 429/1993**, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, que desarrolla la LRJAP, intentó ratificar definitivamente la competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre esta materia, pero por su rango reglamentario, carecía de toda fuerza vinculante para atribuir competencias a los órdenes jurisdiccionales.

**f)** En **1994**, dos Autos de la **Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo** (7 de julio y 27 de octubre de 1994) declararon terminantemente que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo era el único competente para conocer de asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero, sorprendentemente, las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo no acataron dichos autos, con lo que el problema continuó en la práctica.

**g)** El artículo 2.e) de la **Ley 29/1998**, de 13 de julio, **reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa** (LRJCA), fue contundente al establecer que estos tribunales conocerían de “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo





ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

**h) Ley Orgánica 19/2003**, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificó, entre otros, el artículo 9.4 LOPJ y el 2.e) LRJCA, equiparando a los dos en contundencia a la hora de señalar la exclusividad del orden contencioso-administrativo sobre cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración, y atribuyéndole dicha competencia en casos fronterizos con otras jurisdicciones.

De esta manera, la **redacción vigente del artículo 2.e) LRJCA** establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de la “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”

Por su parte, el **artículo 9.4 LOPJ**, en lo que atañe a la responsabilidad patrimonial, establece, en su redacción actual, que los tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán (...) “de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.”

A pesar de esta contundencia, autores como Santamaría Pastor expresan sus **suspicias** sobre si los órdenes jurisdiccionales civil y social respetarán esta terminante normativa, por el celo atractivo que históricamente estos órdenes jurisdiccionales han ejercido sobre cuestiones referentes a la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando esta responsabilidad estaba relacionada con materias de sus órdenes jurisdiccionales respectivos.

**B) La posibilidad de reclamación directa de responsabilidad de las Administraciones Públicas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin procedimiento administrativo previo de responsabilidad patrimonial.**



La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite esta reclamación directa al prever la posibilidad de **acumular** la pretensión indemnizatoria a la de anulación del acto administrativo impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 31.2 LRJCA).

Así, podría acumularse la pretensión de anulación de una orden de cierre de un local, siempre que ponga fin a la vía administrativa, con la petición de indemnización por los daños y perjuicios provocada por esa orden de cierre.

Además, cabe la posibilidad de obtener **primero sentencia firme anulatoria del acto** (la orden de cierre del local, por ejemplo), y **luego solicitar la indemnización** a la Administración, computándose el plazo de un año a partir de la firmeza de la sentencia.

Ricardo José Durán Rodríguez

#### Bibliografía:

García de Enterría, E. y Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomsom Civitas, 11ª edición, Navarra, 2008.

López Menudo, F., Guichot Reina, E. y Carrillo Donaire, J. A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2005.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

VV.AA.: *Administrativo 2011*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

VV.AA.: *Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, EGAP, 2ª edición, Santiago de Compostela, 2007.



# **IV. DERECHO ADMINISTRATIVO PARTE GENERAL**

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

## **TEMA 20.- LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATURALEZA, EXTENSIÓN Y LÍMITES. CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. ACTOS IMPUGNABLES.**

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

#### **1. Introducción**

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo constituye la garantía judicial específica de la protección de los derechos del ciudadano frente a la actuación de los poderes públicos y de la conformidad de su actuar a la Ley y al Derecho. Le corresponde, por mandato constitucional, el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Constitución española de 1978), que se ejerce a través de los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley, a quienes corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 del texto constitucional).

En España rige la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), tributaria de la anterior de 1956, cuya calidad técnica ha sido unánimemente reconocida. Aunque precursora de algunos principios democráticos que luego recogería la Constitución española de 1978, la Ley de 1956 era tributaria del tiempo histórico en que fue dictada; sin embargo, y como consecuencia de una interpretación progresiva por la doctrina y la práctica judicial y a reformas puntuales en su articulado, se logró que su texto estuviese vigente durante dos décadas de la etapa constitucional. Pese a ello, existían razones objetivas que impulsaban a su reforma. Por una parte, era necesario adaptar el sistema de justicia administrativa al marco constitucional, en el que se proclama como Derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva y se produce un

trascendental cambio que en la estructura territorial del Estado, ahora profundamente descentralizado, que repercute en la organización y planta judicial. Por otra parte, la reforma procesal del contencioso tuvo sus principales motores en circunstancias ajenas al estricto texto de la Ley y que se relacionaban con una situación de bloqueo de la Justicia administrativa ante una saturación de asuntos que provocaba retrasos y dilaciones extremas en la resolución de las causas, que ponía en gravísimo riesgo la *eficacia social* de la jurisdicción y la propia tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución. Las medidas incorporadas a la Ley no han resultado, pese al esfuerzo, suficientes para cambiar la grave situación de congestión de la Justicia.

La Jurisdicción contencioso-administrativa se organiza a través de cinco tipos de órganos, que admiten una doble clasificación: por su ámbito territorial, tres de ámbito estatal y dos de ámbito inferior; por su composición, tres de naturaleza colegiada y dos unipersonales. Se trata de los juzgados de lo contencioso-administrativo, las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. El Capítulo II del Título I de la LJCA (artículos 6 a 13) regula las competencias de cada uno de estos órganos.

## **2. Naturaleza**

El ordenamiento jurídico español reconoce un sistema de control de la actuación administrativa *judicial, ordinario y especializado*. La primera nota -*carácter judicial*- significa que corresponde el control a Jueces y Tribunales pertenecientes al Poder Judicial (artículo 117.3 CE). La segunda -*naturaleza ordinaria*- significa que la contencioso-administrativa constituye una de las proyecciones de la justicia ordinaria, en contraposición a las jurisdicciones especiales, limitadas en nuestra Constitución al ámbito militar en virtud del

principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE). La tercera nota *-carácter especializado-* hace referencia a la específica formación en la materia administrativa de los titulares de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo.

La jurisdicción que se ejerce en el orden contencioso-administrativa es *plena*. Con esta expresión pretende ponerse de relieve que no se limita a la revisión judicial de actos administrativos (el tradicional carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa), sino que ante los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo pueden plantearse pretensiones para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración. La Exposición de Motivos de la Ley es muy clara en este punto: “Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley (...) Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas”. Se trata de “superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración” (II).

### **3. Extensión y límites**

La extensión de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se delimita legalmente en los artículos 1 a 5 de la LJCA, reunidos en el capítulo I del Título I, “Ámbito”. SANTAMARÍA PASTOR sistematiza estos cinco artículos de acuerdo con el siguiente esquema: la LJCA contiene una cláusula general de competencia (a), criterios subjetivos (b) y objetivos (c) de delimitación de la competencia y un listado de materias excluidas (d).

a) La cláusula general de competencia:

Con carácter general, el artículo 1 LJCA determina que:

“1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación”.

b) Criterios subjetivos de delimitación de la competencia:

La LJCA establece cinco criterios subjetivos que completan la cláusula general establecida en el artículo 1.1. Siguiendo, como se ha dicho, la sistemática de SANTAMARÍA PASTOR, estos criterios son los que se exponen a continuación.

1º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las *Administraciones Públicas* sujeta al Derecho Administrativo.

Centrándonos en el aspecto “subjetivo”, es preciso señalar que la LJCA ha

actualizado el concepto de “Administración Pública” a los efectos de esta Ley. Así, el artículo 1.2 señala:

“Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales”.

2º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actividad de los *órganos constitucionales, judiciales y electorales*.

A tenor del artículo 1.3:

“Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.
- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”.

3º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de los *actos de Gobierno*, en los términos previstos en el artículo 2.a) de la LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

4º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las cuestiones que se susciten en relación con las *Corporaciones de Derecho Público*. A tenor del artículo 2.c) de la LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

c) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”.

5º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las cuestiones que se susciten en relación con la actividad jurídico-pública de los *concesionarios*, a la que se refiere el artículo 2.d) LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos



directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

c) Criterios objetivos de delimitación de la competencia:

La LJCA completa la cláusula general con un conjunto de preceptos que atribuyen de modo expreso el conocimiento de cuatro cuestiones o materias a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

1º) *Las disposiciones de rango inferior a la Ley y los Decretos legislativos* cuando excedan los límites de la delegación, a que se refiere el artículo 1.1 LJCA.

En la expresión de “disposiciones de rango inferior a la Ley” deben comprenderse todas las normas reglamentarias, por exigencia del artículo 106.1 de la Constitución, ya citado. Es, por tanto, indiferente, su rango, su contenido material y su origen.

La inclusión de los Decretos legislativos proviene del artículo 82.6 de la CE, que salva expresamente el control de los Tribunales, y debe entenderse referida exclusivamente a los excesos de la delegación, es decir, a aquella parte de la regulación que incumpla, material o formalmente, la delegación otorgada por el Parlamento. E todo lo demás, el Decreto Legislativo, por su fuerza de Ley, deberá ser fiscalizado por el Tribunal Constitucional.

2º) *Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas*, de acuerdo con el artículo 2.b) LJCA.

Con esta previsión caen dentro del ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativo, además de los contratos administrativos, los llamados “actos separables” de otros contratos recogidos en la Ley 30/2007, de 30

de octubre, de Contratos el Sector Público.

3º) La *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 2.e) LJCA (en la versión dada por la disposición adicional 14 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, respecto a concurrencia con particulares o la existencia de seguros de responsabilidad).

4º) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley. Con esta cláusula de cierre se deja abierta la atribución a la decisión del legislador. La propia LJCA ha concretado algún supuesto, como el de las *autorizaciones para entrada en domicilios*, cuya competencia corresponde a los Juzgados de lo contencioso-administrativo, en virtud del artículo 8.6 LJCA.

d) Las materias excluidas:

De acuerdo con el artículo 3 de la LJCA:

“No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

- a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.
- b) El recurso contencioso-disciplinario militar.
- c) Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración.
- d) Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las

Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica”.

Además, las disposiciones adicionales de la LJCA contienen algunas delimitaciones negativas del ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

- La disposición adicional 1ª, apartado 2, declara que no corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las decisiones o resoluciones dictadas por la Comisión Arbitral a que se refiere el artículo 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, a la que corresponde resolver los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos.
- La disposición adicional 5ª, apartado 2, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, recoge un nuevo texto para el artículo 3 de acuerdo con el cual:

“1. No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

- a) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el artículo 1.3 a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- b) De las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como de las relativas a las actas de liquidación y de infracción.
- c) De las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas

sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, salvo los que se expresen en el apartado siguiente.

2. Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán las pretensiones sobre:

a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con las excepciones previstas en la letra b) del apartado 1 de este artículo.

b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos”.

## **II. CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA:**

El Título II de la LJCA se titula “Las partes” y regula en sucesivos capítulos la capacidad procesal (artículo 18), la legitimación activa (artículo 19), la exclusión de legitimación (artículo 20), la parte demandada (artículo 21), la sucesión procesal (artículo 22), la representación y defensa de las partes (artículos 23 y 24).

### **1. La capacidad procesal:**

De acuerdo con el artículo 18 LJCA, tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

1º) las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir “los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles” (artículo 2);

2º) los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento

jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela;

3º) los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

## **2. La legitimación:**

Es generalizada la idea generalizada de que la mera capacidad para ser parte y comparecer en un proceso no es suficiente para incoar un proceso concreto, porque es necesario, además, tener la condición de parte legítima o, en terminología más usual, tener legitimación o estar legitimada para ello. Se dice, en este sentido, que la capacidad procesal es una aptitud abstracta para poner en marcha la acción pero que, a esta aptitud, es preciso añadir la existencia de una relación concreta con las situaciones jurídicas materiales en torno a las que se formula el proceso.

Tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos, la Ley pretende que “nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia” (IV). En esta línea, iniciada décadas antes de la promulgación de la Ley por la jurisprudencia aperturista del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el artículo 19 LJCA establece las reglas de legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que puede sintetizarse de la siguiente forma:

- La legitimación de las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho

o interés legítimo:

Como se ha dicho, mucho antes de la aprobación de la LJCA, a propósito del artículo 24 de la CE, la jurisprudencia esbozó un concepto amplio y flexible de “interés legítimo” entendiendo que existe cuando se formula una pretensión que de prosperar originaría un beneficio material o jurídico al accionante o, al contrario, si la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear la actuación impugnada le habría originado un perjuicio.

Detrás de este concepto amplio late la idea de superar los obstáculos formales al examen de la pretensión que no se revelen como esencialmente imprescindibles para el establecimiento correcto de la relación jurídico-procesal y favorecer el examen del fondo del asunto como aspiración y exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia se ha encargado de completar la noción de interés legítimo, destacando, al menos, las dos siguientes consideraciones: 1º) el interés debe ser actual, es decir, no confieren legitimación los intereses futuros; 2º) no se reconoce por esta vía el mero interés en la legalidad, que queda restringido, como se verá, a los supuestos de acción pública.

- La legitimación corporativa:

De acuerdo con la letra b) del artículo 19, están legitimadas “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

La legitimación “corporativa” o de entidades representativas está referida a la defensa de los derechos e intereses que, aun siendo de titularidad de personas determinadas, pueden serlo a la vez de todos los miembros de un colectivo al que esas personas pertenecen. De ahí la conveniencia de

permitir la defensa de intereses colectivos de forma organizada. En todos estos casos, el TC exige la existencia de un vínculo especial y concreto entre la entidad representativa y el objeto del pleito, vínculo que habrá de calibrarse en cada caso y traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso planteado (STC 7/2001, referida a la legitimación de un sindicato).

Este supuesto contempla, junto a la legitimación de corporaciones, asociaciones y sindicatos, la de los “grupos” a que se refiere el artículo 18 de la LJCA. Se está haciendo referencia a organizaciones carentes de personalidad jurídica de individuos que comparten un interés común que oponer a la actuación administrativa.

- La legitimación de las Administraciones públicas:

Las Administraciones públicas ostentan legitimación para impugnar actos y disposiciones en los siguientes supuestos:

1º) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, puede impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización (artículo 19.1.c LJCA).

2º) La Administración de las Comunidades Autónomas tiene legitimación para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local (artículo 19.1.d LJCA y artículo 65 y ss. LBRL).

3º) Las Entidades locales territoriales están legitimadas para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales (artículo 19.1.e LJCA y artículo 63 LBRL).

4º) La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley (artículo 19.2 LJCA y por relación artículos 103 LRJAAPP y PAC, 218 LGT y 110.2 LBRL).

- La legitimación de las entidades instrumentales:

De acuerdo con el artículo 19.1.g) LJCA, están legitimadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo “las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines. Estas entidades no pueden, sin embargo, impugnar la actividad de la Administración de que dependan, salvo cuando la ley les haya otorgado un estatuto específico de autonomía (artículo 20.c LJCA). Recientemente se ha aprobado la Ley 11/2011, de 20 de mayo que, además de reformar la Ley 60/2003, de Arbitraje, regula el llamado arbitraje institucional de la Administración General del Estado que consiste, precisamente, en un cauce procedimental para resolver los conflictos internos entre la Administración del Estado y sus entes instrumentales o entre estos entre sí, especificándose que no puede acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias (disposición adicional única de la Ley).

- La legitimación del Ministerio Fiscal:



El artículo 19.1.f) reconoce la legitimación del Ministerio Fiscal “para intervenir en los procesos que determine la Ley” (entre otros, pueden citarse los artículos 5, 7, 74, 92, 100, 101, 117, 119 y 122 LJCA). Aclara la doctrina que el Ministerio Fiscal no es parte del proceso, sino que actúa en el mismo en defensa de la legalidad (artículo 3.13 de su Estatuto Orgánico, Ley 50/1981, de 30 de diciembre). Su intervención en el proceso tiene un origen *ex lege*, por lo que parece incorrecto hablar de legitimación para actuar (SANTAMARÍA PASTOR).

- La acción popular:

En casos excepcionales, literalmente “en los casos expresamente previstos por las Leyes” (artículo 19.1.h LJCA), se reconoce legitimación a cualquier persona física o jurídica para impugnar actuaciones de la Administración referidas a sectores determinados. El medio ambiente, el urbanismo, las costas o el patrimonio cultural sirven para ejemplificar ámbitos sobre los que el interés público cobra tal intensidad que se entiende que cualquier miembro de la comunidad tiene interés en protegerlos.

- La acción vecinal:

La LJCA se limita a establecer que “el ejercicio de acciones por los vecinos en nombre e interés de las Entidades locales se rige por lo dispuesto en la legislación de régimen local”. Pues bien, de acuerdo con el artículo 68 LBRL, las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos; si éstas no lo hicieran, cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada y, si en el plazo de treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local. SANTAMARÍA PASTOR se refiere a un supuesto de

“sustitución procesal”, entendiendo, pues, que los efectos que se deriven del ejercicio de la acción recaerán sobre el patrimonio jurídico de la entidad local y no sobre el vecino que ejercita la acción en sustitución de la misma.

- La legitimación para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres:

La aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha provocado la ampliación del artículo 19 LJCA con este supuesto especial de legitimación:

“Para la defensa del derecho de igualdad de trato de mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

- La legitimación en materia de contratación del Sector Público:

Como consecuencia de la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que introdujo en el Derecho español el sistema de recursos especiales y

reclamaciones en materia de contratación, que se tramitan y resuelven por un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con carácter previo y preceptivo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el artículo 19 incorpora una nueva letra en la que se dice:

“Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad”.

- La falta de legitimación:

En virtud del artículo 20:

“No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública:

- a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente.
- b) Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.
- c) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración”.

- La legitimación pasiva:

El artículo 21 LJCA establece:

“1. Se considera parte demandada:

a) Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado anterior, cuando se trate de Organismos o Corporaciones públicos sujetos a fiscalización de una Administración territorial, se entiende por Administración demandada:

a) El Organismo o Corporación autores del acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización es aprobatorio.

b) La que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprueba íntegramente el acto o disposición.

3. En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.

4. Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida”.

- La sucesión procesal:

El artículo 22, bajo el título “Sucesión en la legitimación”, establece que “si la legitimación de las partes derivare de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiere actuado como parte”.

### **3. Representación y defensa:**

De acuerdo con el artículo 23 LJCA, en el proceso contencioso-administrativo las partes deben ser defendidas, en todo caso, por abogado. La representación del procurador es preceptiva en las actuaciones ante órganos colegiados y potestativa ante órganos unipersonales. En este último caso, las partes pueden conferir su representación al Abogado, en cuyo caso será a éste a quien se notifiquen las actuaciones. Como particularidad, los funcionarios públicos podrán comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

A tenor del artículo 24 LJCA, la representación y defensa de las Administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas.

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

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la LJCA, su Título III, “Objeto del recurso contencioso-administrativo”, contiene algunas de las innovaciones más importantes del texto legal: “Se trata nada menos que

de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

En esa línea se regula la actividad administrativa impugnable (Capítulo primero, artículos 25 a 30), señalándose, junto a los clásicos actos administrativos y a las disposiciones de carácter general, a la inactividad y a la vía de hecho como posibles fuentes de conflicto.

Se recogen de este modo cuatro tipos de recursos (a): el recurso contra actos administrativos, expresos o presuntos; el recurso directo e indirecto contra disposiciones de carácter general; el recurso contra la inactividad de la Administración; y el recurso contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

La LJCA regula, además, las pretensiones que pueden deducirse en cada uno de estos casos (Capítulo II, artículos 31 a 33) y establecen algunas previsiones sobre su planteamiento en el proceso (b).

## **1. Tipología de recursos y pretensiones:**

### **1º) El recurso contra actos administrativos:**

Con pocas novedades respecto a la regulación anterior (se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional como el recurso más tradicional y mejor modelado en el período precedente), este recurso se regula en los artículos 25.1, 28 y 31 de la LJCA.

Con carácter general, el artículo 25.1 dispone que “el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con... los actos expresos y

presuntos de la Administración pública”. Es la plasmación del tradicional recurso contra actos previsto ya en la LJCA de 1956, sobre el cual la jurisprudencia ha hecho una notable labor encaminada a permitir el control jurisdiccional de toda actuación administrativa, incluida su “inactividad”.

La admisión del recurso contencioso se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: el acto recurrido tiene que agotar la vía administrativa, debe ser definitivo o de trámite “cualificado” y no puede ser reproducción de otro anterior definitivo y firme ni confirmatorio de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma. De no cumplirse alguno de estos requisitos, el proceso finalizará anticipadamente, mediante auto de inadmisión de oficio (artículo 51.1.c) o estimatorio de las alegaciones previas del demandado (artículos 58 y 59 LJCA), o mediante sentencia declarativa de inadmisión (artículo 69.c).

En esta primera modalidad de recurso, el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos recurridos (art. 31.1 LJCA). La pretensión anulatoria puede ir acompañada de una pretensión accesorio de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y de la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda (art. 31.2 LJCA).

2º) Los recursos contra disposiciones de carácter general:

La Ley Jurisdiccional recoge dos modalidades de recurso contra los reglamentos ilegales: la impugnación directa de la disposición y la impugnación indirecta cuando, con ocasión del planteamiento de un recurso dirigido contra un acto administrativo, se cuestione la norma en que dicho acto se apoya o que le presta cobertura (artículo 26).

- El recurso directo contra el Reglamento:

La validez o nulidad de una disposición de carácter general podrá someterse al conocimiento de la justicia contencioso-administrativa mediante la interposición del llamado recurso directo contra el reglamento.

Con la única pretensión de que se declare la no conformidad a Derecho y la anulación de determinados preceptos de una disposición general (artículo 31.1 LJCA), cualquier interesado deberá interponer recurso directo en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada (artículo 46.1 LJCA).

El objeto del proceso, cuando se refiera a la declaración sobre determinados preceptos de una disposición de carácter general, podrá ampliarse de oficio si el Tribunal entiende necesario extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos (artículo 33.3). En tales casos, deberá garantizarse el principio de contradicción, para lo cual el Tribunal lo someterá a las partes, mediante providencia en que, advirtiéndoles que no se prejuzga el fallo definitivo, les concederá un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo (artículo 33.2).

Los recursos directos gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuera su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales (artículo 66).

- El recurso indirecto contra el Reglamento:

El artículo 26 de la LJCA dispone:

“1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de



carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior”.

El sistema impugnatorio no es nuevo ni extraño a la tradición procesal del contencioso español. Se dispone la posibilidad de interponer un recurso contra un acto, basándose exclusivamente en que el reglamento que le da cobertura es ilegal, con la pretensión de conseguir la anulación de aquél (tal es el interés del recurrente) y, de paso, provocar la inaplicación de la norma de ser declarada contraria a Derecho (por interés general).

Con el tratamiento del recurso indirecto, La LJCA ha aportado una interesante novedad en relación los efectos de esta clase de recurso, intentando superar la confusión reinante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la llamada cuestión de ilegalidad.

El sistema creado por la LJCA gira en torno a una idea clave: posibilitar al órgano jurisdiccional una declaración sobre la disposición impugnada, al tiempo que resuelve sobre la legalidad del acto aplicativo de la norma. Para ello, se hace preciso superar la traba de la incompetencia que impide en la práctica al tribunal sentenciador ir más allá de la anulación del acto ilegal y la inaplicación del Reglamento al caso concreto.

Para lograr el objetivo descrito, la LJCA utiliza la técnica de unificar la decisión judicial sobre la legalidad del acto y de la norma en un solo órgano (artículo 27.2. y 3), el competente para conocer del Reglamento, y cuando esto no sea posible, disponer el planteamiento de oficio de la cuestión de ilegalidad por parte del que resuelve sobre la legalidad del acto ante el

competente para conocer del reglamento (artículo 27.1).

La cuestión de ilegalidad aparece regulada como procedimiento especial en la LJCA (artículos 123 a 126). De dicha regulación son destacables los siguientes aspectos:

(1) Es un procedimiento iniciado de oficio, por el juez o tribunal que haya dictado sentencia *firme* estimatoria anulando un acto por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada (artículo 271.1 LJCA).

(2) La cuestión de ilegalidad se plantea ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición (artículo 27.1 LJCA), mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia (artículo 123.1 LJCA).

(3) El objeto de la cuestión de ilegalidad se ceñirá exclusivamente a los preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda (artículo 127.1 LJCA).

(4) La cuestión de ilegalidad se sustanciará en un procedimiento muy breve del que resultará una sentencia sobre la validez o nulidad del reglamento, que no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que planteó aquélla (artículo 125 y 126 LJCA).

- La pretensión:

El recurso contra disposiciones de carácter general permite hablar de dos tipos de pretensiones, acordes con los dos tipos de recursos, el directo y el indirecto, señalados en las páginas precedentes.

Cuando se plantea un recurso directo, el demandante pretenderá la declaración de no ser conformes a derecho determinados preceptos de una

disposición general (artículo 31.1 LJCA). En este caso, se busca directa e inmediatamente eliminar dicha regulación del ordenamiento jurídico y la pretensión se verá satisfecha mediante una sentencia que declare y anule la disposición. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados (artículo 71.2 LJCA).

Cuando se plantea un recurso indirecto, la pretensión del demandante es idéntica a la de cualquier interesado en la anulación de un acto administrativo. Pretende que se declare no conforme a Derecho y que se anule un acto y con tal objetivo se somete a la jurisdicción contenciosa. Que de dicha declaración se deriven ulteriores consecuencias para el ordenamiento jurídico como consecuencia del planteamiento de la cuestión de ilegalidad es una circunstancia ajena al demandante (aunque provocada por él), a quien no afectará siquiera la sentencia que resuelva dicha cuestión (artículo 126.5 LJCA).

### 3º) El recurso contra la inactividad de la Administración:

La LJCA introduce en el proceso contencioso-administrativo la posibilidad de plantear pretensiones de condena contra la Administración: “Largamente reclamado por la doctrina, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo” (apartado V).

El artículo 29 de la LJCA contempla dos supuestos distintos en que puede ejercitarse la pretensión:

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general

que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

En ambos casos resulta necesario que el ciudadano reclame a la Administración la actuación debida. Las expresiones “pueden reclamar” y “podrán solicitar” no denotan la voluntariedad del trámite de reclamación previa, que es preceptiva, pero tampoco pueden considerarse como una vuelta al superado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni significa que se convierta el proceso contra la inactividad en un proceso contra la desestimación de la reclamación. La finalidad de la reclamación previa se limita a “dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial” (Exposición de Motivos, apartado V). Si no se consigue, el objeto del proceso será, sin más, la inactividad de la Administración y la pretensión será su condena.

El artículo 32 de la LJCA concreta la pretensión que habrá de plantear el demandante: “... que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas”.

4º) El recurso contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho:

Cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo porque no se ha dictado o porque ha dejado de existir, o el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora, si la ejecución material no guarda conexión con el supuesto de hecho del acto que le sirve de fundamento o es manifiestamente desproporcionada con los fines que se propone, o cuando las actuaciones se realizan sin procedimiento o competencia de ninguna clase, en todos estos casos, la doctrina y la práctica judicial reconocen una vía de hecho. Se vislumbra en todos ellos una ausencia total de formas que hace poco identificable la actuación de la Administración con el típico acto administrativo. En palabras del Tribunal Constitucional, estamos ante “una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica” (STC 160/1991, de 18 de julio).

Una de las principales novedades de la LJCA es, precisamente, la posibilidad de reaccionar en vía contencioso-administrativa contra actuaciones que supongan vía de hecho. Se trata de poner fin a aquellas “actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase”. Como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley, la acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal.

En estos casos se prevé la posibilidad de formular potestativamente una interpelación a la Administración autora de la vía de hecho. Tal requerimiento tendrá, de hacerse, la misma eficacia que la reclamación contra la inactividad de la Administración a que se ha hecho referencia:

“En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de

los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente contencioso-administrativo” (art. 30).

No obstante, el término “podrá” referido al interesado en la cesación de la vía de hecho (artículo 30) tiene un sentido completamente diverso a los términos “pueden/podrán” referidos a la acción de condena contra la inactividad de la Administración (artículo 29). En el primer caso, “podrá” implica voluntariedad o carácter potestativo del trámite previo al contencioso; en el segundo caso, como se ha expuesto, no.

Frente a una actuación material en vía de hecho, el demandante podrá pretender “que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2” (artículo 32.2), es decir, las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica afectada, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda.

## **2. La articulación procesal de la pretensión en el proceso contencioso-administrativo:**

El adecuado planteamiento de la pretensión en el proceso no es cuestión baladí. Condiciona los términos en que haya de producirse el debate procesal y la eficacia misma de la sentencia. La propia práctica es culpable de que los fallos no se ejecuten con el rigor deseable, desde el momento en que las partes no precisan correctamente sus pretensiones procesales (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ).

El planteamiento correcto de la pretensión en el proceso exige tener en cuenta consideraciones de diverso signo:

- En primer lugar, desde un punto de vista estrictamente formal, la pretensión debe concretarse en el escrito de demanda (artículo 56.1 LJCA),

limitándose la funcionalidad del previo escrito de interposición a citar la disposición, el acto, la inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne (artículo 45.1 LJCA).

- En segundo lugar, pesa sobre la pretensión el *principio de inalterabilidad*, entendido genéricamente como la imposibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso, so pena de desviación procesal, así como la vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones planteadas por las partes, de acuerdo con el deber de congruencia con el objeto del proceso que debe presidir la actuación jurisdiccional. Por tanto, deducida la pretensión, quedarán fijados los márgenes del debate para las partes y para el órgano jurisdiccional.

No obstante lo anterior, es preciso hacer referencia a una jurisprudencia en permanente evolución que permite matizar los principios referidos, apoyada en una interpretación *pro actione* de algunos preceptos legales.

Por un lado, el principio de inalterabilidad de la pretensión exige diferenciar la “cuestión litigiosa” de los “motivos” o “argumentos”. La primera singulariza el objeto del proceso -la pretensión-; los segundos hacen referencia a los razonamientos de las partes en apoyo de aquélla. Pues bien, la distinción resultó ser un instrumento esencial de interpretación de la rígida regla de la inmutabilidad de la pretensión, en aras de superar la interpretación ligada a un entendimiento del carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa según el cual no se podía atacar un acto administrativo sino en virtud de argumentos que ya hubieran sido articulados en vía administrativa. El Tribunal Supremo ha orientado este discurso hacia sus justos términos, declarando no sólo la posibilidad de invocar en sede jurisdiccional nuevos argumentos no planteados ante la Administración, sino la conveniencia de matizar los motivos en los escritos sucesivos de la demanda siempre que no se produzca una renovación de la pretensión (STS 4.2.1992, RJ 1992/1454).

Por otro lado, la rigidez con que inicialmente se concibe la regla de la inalterabilidad de la pretensión es paliada en gran medida por una doctrina jurisprudencial que considera la existencia dentro del proceso de pretensiones de diversa categoría, relevancia o condición, lo que permite hacer efectiva la regla de la inalterabilidad exclusivamente sobre la pretensión principal. Es el caso de las pretensiones indemnizatorias o resarcitorias cuando el supuesto de hecho en que se amparan es el acto, actuación o inactividad sobre la que recae la pretensión principal (STS de 26 de mayo de 1993, RJ 1993/3637).

Por último, se admite la posibilidad de plantear por primera vez en sede jurisdiccional cuestiones implícitas o subyacentes en la petición principal o en el expediente administrativo (STS de 27 de octubre de 1995, RJ 7826), incluso tratadas por primera vez en el escrito de conclusiones (STS de 10 de noviembre de 1994, RJ 1994/6934).

A modo de conclusión, es de nuevo el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución española el rasero por el que se debe medir lo admisible e inadmisible en el proceso contencioso-administrativo:

“Y, en definitiva, resulta válido introducir en el debate temas o, en su caso, matices no tratados en la vía administrativa o sólo apuntados implícitamente en la demanda siempre que no padezca el principio de “contradicción”, firmemente asentado en el artículo 43 de la LJCA y protegido, como derecho fundamental, en el artículo 24.1 de la Constitución (que prohíbe cualquier situación de indefensión) ... así se favorece tanto la justicia, considerada en sí misma, como la economía procedimental administrativa y judicial, al evitarse, de este modo, potenciales ulteriores pronunciamientos administrativos, con sus subsiguientes revisiones jurisdiccionales (con una repetición, en



una cadena muchas veces interminable, de actuaciones), que, huyendo de anacrónicos ritualismos contrarios al espíritu antiformalista que inspira la Ley de la Jurisdicción, pudieron y debieron resolverse ya definitivamente en el proceso inicialmente promovido, en bien de la Administración y del administrado interesado y en cumplimiento del artículo 11.3 de la LOPJ (modo, en suma, de hacer real la tutela judicial efectiva que ha de procurar el órgano judicial conforme al artículo 24.1 de la Constitución antes comentado) ....” (STS de 4 de febrero de 1992, RJ 1992/1454).

## **BIBLIOGRAFIA:**

AGUADO I CUDOLA, V., *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Marcial Pons, 2001.

GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998 (varias ediciones).

HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**

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

**TEMA 21: EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:  
PROCEDIMIENTO GENERAL Y PROCEDIMIENTO ABREVIADO.  
RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN.  
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. CLASES DE PROCESOS ESPECIALES.**

**I. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PROCEDIMIENTO  
GENERAL Y PROCEDIMIENTO ABREVIADO.**

**PROCEDIMIENTO GENERAL:**

**1. Inicio del procedimiento:**

**A. Formas de iniciación:**

El procedimiento contencioso-administrativo se inicia mediante escrito de interposición o por demanda (ex. artículo 45 LJCA).

Como regla general, el recurso contencioso-administrativo se inicia mediante la presentación por la parte demandante del *escrito de interposición*, reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso. Este escrito debe ir acompañado de los siguientes documentos:

- a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.
- b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- c) La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico

oficial en que la disposición se haya publicado. Si el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuviera origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.

d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a).

Si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos señalados o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Secretario judicial estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto. Si no lo hiciere, el Juez o Tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.

El inicio del procedimiento mediante demanda es preceptivo cuando se trate de un recurso de lesividad (artículo 45.4 LJCA). Esta forma de iniciación es, sin embargo, potestativa cuando el recurso vaya dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados.

#### B. Plazos de interposición del recurso:

La LJCA establece los plazos de interposición del recurso atendiendo al tipo de pretensión que se ejerza por parte del recurrente. Así:

- Pretensión de anulación de actos administrativos y de disposiciones generales (artículo 25 LJCA): El plazo para interponer el recurso

contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. El Tribunal Supremo mantiene la doctrina de la inexistencia de plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa cuando el proceso trae causa de un silencio desestimatorio, siendo aplicable el plazo de seis meses previsto en la LJCA a la impugnación de los actos presuntos, es decir, los supuestos de silencio positivo (STS de 23 de enero de 2004, RJ 2004/1021).

- Pretensión de ejecución de prestaciones y actos firmes (artículo 29 LJCA): En los supuestos previstos en el artículo 29 de la LJCA, los dos meses se contarán a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en dicho artículo. Como se ha visto, este artículo 29 hace referencia a dos tipos de acciones, con sus plazos respectivos:

1º) Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella podrán presentar reclamación ante la Administración para que proceda al cumplimiento de dicha obligación (téngase en cuenta que aunque se utilice la expresión *podrán presentar* la reclamación no es potestativa). En este caso, la Administración dispone de tres meses para dar cumplimiento a la prestación; si no lo hiciere o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración en el plazo de dos meses.

2º) Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes los afectados

*podrán solicitar* (tampoco en este caso cabe hablar de carácter potestativo) su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

- Pretensiones de cesación de la vía de hecho (artículo 30): Los plazos de interposición de la acción de cesación de la vía de hecho dependen de que el interesado haya o no formulado requerimiento de cesación ante la Administración. Si se ha formulado requerimiento y este no ha sido atendido dentro de los diez días siguientes, el interesado podrá deducir recurso contencioso-administrativo, disponiendo del plazo de diez días para su interposición. Si no se ha formulado requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

#### C. Medidas Cautelares:

Una de las principales novedades de la LJCA ha sido la regulación de las medidas cautelares, a las que dedica sus artículos 129 a 136. Algunas de sus principales notas características son las siguientes:

1º) Ampliación de las medidas cautelares: Los interesados podrán solicitar la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia (artículo 129.1 LJCA). Por tanto, se supera la regulación precedente que contemplaba exclusivamente la medida de suspensión de la ejecución del acto o disposición recurridos, dando cabida a cualquier medida, de carácter positivo o negativo.

2º) Criterios para decidir sobre las medidas cautelares:

El juez o tribunal deberán llevar a cabo, en primer lugar, una “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto” (artículo

130.1 LJCA). De ahí que la medida cautelar pueda denegarse cuando de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada (artículo 130.2 LJCA).

En segundo lugar, y de modo complementario con el criterio anterior, “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. En este punto, la jurisprudencia viene considerando que debe atenderse al llamado *periculum in mora*, es decir, la incidencia de la tardanza en resolver sobre la pretensión. Además, un sector de la doctrina y alguna jurisprudencia consideran que debe valorarse por el órgano judicial el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de quien solicita la medida cautelar.

El artículo 136 LJCA establece dos reglas especiales para los procesos contra la inactividad o vía de hecho (artículos 29 y 30 LJCA). Una de ellas se refiere a los criterios que debe tener en cuenta el órgano judicial: en estos supuestos la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

## **2. Actuaciones preparatorias:**

Una vez que ha sido presentado el escrito de interposición del recurso o la demanda, el órgano jurisdiccional lleva a cabo las siguientes actuaciones, llamadas preparatorias por la doctrina por ser esa su finalidad esencial.

- Anuncio y publicación del recurso (artículo 47).
- Remisión del expediente por parte de la Administración demandada (artículo 48).



- Emplazamientos (artículo 49) y personación (artículo 50).
- Inadmisión del recurso (artículo 51): Antes de formalizarse la demanda puede llegar a frustrarse la válida constitución de la relación procesal por concurrir alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo recogidas en el artículo 51 LJCA, que deben constar de modo inequívoco y manifiesto:
  - La falta de jurisdicción o la incompetencia del Juzgado o Tribunal.
  - La falta de legitimación del recurrente.
  - Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
  - Haber caducado el plazo de interposición del recurso.
  - Cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme, mencionando, en este último caso, la resolución o resoluciones desestimatorias.
  - Cuando se haya impugnado una actuación material constitutiva de vía de hecho y resulte evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.
  - Cuando se impugne la no realización por la Administración de las obligaciones a que se refiere el artículo 29 (inactividad) y sea evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes.

### **3. Demanda y contestación:**

Recibido el expediente administrativo en el órgano judicial y comprobados, y en su caso completados, los emplazamientos, por el Secretario judicial se acordará que se entregue al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días. Si la demanda no se presenta dentro del plazo, el órgano judicial, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de demanda, y producirá sus efectos legales, si se presenta dentro del día en que se notifique el auto (artículo

52).

De la demanda presentada se dará traslado a las partes demandadas que hubieran comparecido, con entrega del expediente administrativo, para que la contesten en el plazo de veinte días.

En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración. Con la demanda y la contestación las partes acompañarán los documentos en que directamente funden su derecho, y si no obraren en su poder, designarán el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren. Después de la demanda y contestación no se admitirán a las partes más documentos que los que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil. No obstante, el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista o conclusiones (artículo 56).

La LJCA contempla la posibilidad de que el pleito se declare concluso, sin más trámite, para sentencia una vez contestada la demanda, salvo que el Juez o Tribunal haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61, en los siguientes supuestos:

1º) Si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones y la parte demandada no se opone.

2º) Si en los escritos de demanda y contestación no se solicita el recibimiento a prueba ni los trámites de vista o conclusiones, salvo que el

Juez o Tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, acuerde la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

En los dos supuestos anteriores, si el demandado solicita la inadmisión del recurso, se dará traslado al demandante para que en el plazo de cinco días formule las alegaciones que estime procedentes sobre la posible causa de inadmisión, y seguidamente se declarará concluso el pleito (artículo 57).

#### **4. Alegaciones previas:**

Dentro de los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda, la partes demandadas podrán alegar los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69, es decir:

- a) Que el Juzgado o Tribunal Contencioso-Administrativo carezca de jurisdicción.
- b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.
- c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- d) Que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia.
- e) Que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

#### **5. Prueba:**

La prueba puede ser solicitada por las partes demandantes y demandadas

(artículo 60) o de oficio por el órgano judicial (artículo 61).

En el primer caso, solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan.

Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56, conforme al cual “después de la demanda y contestación ... el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista o conclusiones”.

El órgano judicial recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.

La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, siendo el plazo para practicarla de treinta días. No obstante, se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

## **6. Vista y conclusiones:**

Salvo que en esta Ley se disponga otra cosa, las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia. Dicha solicitud habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.

Si las partes no hubieran formulado solicitud alguna el Juez o Tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas (artículo 62).

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Juez o Tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de la facultad a que se refiere el apartado 2 del artículo 61 (la práctica de nuevas pruebas), en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas (artículo 64).

## **7. Sentencia:**

Tal y como dispone el artículo 67, la sentencia se dictará en el plazo de diez días desde que el pleito haya sido declarado concluso. Cuando el Juez o Tribunal apreciase que la sentencia no podrá dictarse dentro del plazo indicado, lo razonará debidamente y señalará una fecha posterior concreta en la que se dictará la misma, notificándolo a las partes.

La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso (artículo 67) y pronunciará alguno de los fallos siguientes:

- Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, en los casos

siguientes:

- a) Que el Juzgado o Tribunal Contencioso-Administrativo carezca de jurisdicción.
- b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.
- c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- d) Que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia.
- e) Que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido (artículo 69).

- Estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo (artículo 70):

- a) La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados.
- b) La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico).

Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:

- a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se

modifique la actuación impugnada.

b) Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.

d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados (artículo 71). Tras esta afirmación debe verse una toma de posición clara del legislador a favor de la división de poderes, que se torna muy dificultosa cuando la controversia judicial versa sobre una actuación de contenido discrecional, sea a través de un acto de esta naturaleza o del precepto de una disposición de carácter reglamentario.

El artículo 72 establece los efectos de la sentencia estimatoria:

1º) La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes.

2º) La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 73 dispone que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

3º) La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111 (artículo 72).

## **8. Otros modos de terminación del proceso:**

El proceso contencioso-administrativo no solo puede terminar de forma normal, dictándose la sentencia. La doctrina suele hablar de terminación “anormal” para referirse a otros modos de finalizar el proceso:

- a) Desestimiento (artículo 74).
- b) Allanamiento (artículo 75).
- c) Reconocimiento de la pretensión en vía administrativa (artículo 76).
- d) Conciliación (artículo 77).



## **PROCEDIMIENTO ABREVIADO:**

El procedimiento abreviado se regula íntegramente en el artículo 78 LJCA y está reservado a los órganos unipersonales de la Jurisdicción: los Juzgados de lo contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo. BALNQUER llama la atención sobre las pretensiones de condena a la Administración para que ejecute un acto firme (artículo 29.2) para señalar que, en tal caso, el procedimiento abreviado debe seguirse cualquiera que sea el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la acción, unipersonal o colegiado.

- **Ámbito material:** Este proceso está reservado a los asuntos que se susciten en relación con:

- a) cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas;
- b) extranjería;
- c) inadmisión de peticiones de asilo político;
- d) asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje;
- e) las pretensiones cuya cuantía no supere los 30.000 euros.

- **Fases del procedimiento:**

1º) **Inicio:** El recurso se iniciará por demanda, a la que se acompañará el documento o documentos en que el actor funde su derecho y aquellos previstos para el procedimiento ordinario en el artículo 45 LJCA.

2º) **Admisión:** Presentada la demanda, el Secretario judicial examinará la jurisdicción y competencia objetiva y dictará una resolución en la que: ordena la admisión de la demanda y su traslado al demandado; cita a las partes para la celebración de la vista; y ordena a la Administración demandada que remita el expediente administrativo, al menos con quince días de antelación respecto a la fecha señalada para la vista.

3º) Remisión del expediente: Recibido el expediente administrativo, el Secretario judicial lo remitirá al actor y a los interesados que se hubieren personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista.

4º) Vista: Comparecidas las partes, o alguna de ellas, el Juez declarará abierta la vista. Si las partes no comparecieren o lo hiciere sólo el demandado, el Juez o Tribunal tendrá al actor por desistido del recurso y le condenará en costas, y si compareciere sólo el actor, acordará que prosiga la vista en ausencia del demandado.

La vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda. Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Oído el demandante sobre estas cuestiones, el Juez resolverá lo que proceda, y si mandase proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad. Lo mismo podrá hacer el demandante si el Juez, al resolver sobre alguna de dichas cuestiones, declinara el conocimiento del asunto en favor de otro Juzgado o Tribunal o entendiese que debe declarar la inadmisibilidad del recurso.

Si en sus alegaciones el demandado hubiese impugnado la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía, el Juez, antes de practicarse la prueba o, en su caso, las conclusiones, exhortará a las partes a ponerse de acuerdo sobre tal extremo. Si no se alcanzare el acuerdo, decidirá el Juez, que dará al proceso el curso procedimental que corresponda según la cuantía que él determine. Frente a la decisión del Juez no se dará recurso

alguno.

Si no se suscitasen las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, habiéndose suscitado, se resolviese por el Juez la continuación del juicio, se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente.

Cuando de las alegaciones de las partes se desprenda la conformidad de todos los demandados con las pretensiones del actor, el carácter meramente jurídico de la controversia, la ausencia de proposición de la prueba o la inadmisibilidad de toda la prueba propuesta, y las partes no desearan formular conclusiones, el Juez apreciará tal circunstancia en el acto y, si ninguna parte se opusiere, dictará sentencia sin más dilación.

Formulada oposición, el Juez resolverá estimándola, en cuyo caso proseguirá la vista conforme a lo reglado en los apartados siguientes, o desestimándola en la misma sentencia que dicte conforme a lo previsto en el párrafo anterior, antes de resolver sobre el fondo, como especial pronunciamiento.

Los medios de prueba se practicarán en los juicios abreviados, en cuanto no sea incompatible con sus trámites, del modo previsto para el juicio ordinario.

Las preguntas para la prueba de interrogatorio de parte se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos.

No se admitirán escritos de preguntas y repreguntas para la prueba testifical. Cuando el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración

del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, aquél podrá limitarlos discrecionalmente.

Los testigos no podrán ser tachados y, únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.

En la práctica de la prueba pericial no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos.

Contra las resoluciones del Juez sobre denegación de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán interponer en el acto recurso de súplica, que se sustanciará y resolverá seguidamente.

Si el Juez estimase que alguna prueba relevante no puede practicarse en la vista, sin mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla, la suspenderá, señalando el Secretario judicial competente, en el acto y sin necesidad de nueva notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse.

Tras la práctica de la prueba, si la hubiere, y, en su caso, de las conclusiones, oídos los Letrados, las personas que sean parte en los asuntos podrán, con la venia del Juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darla por terminada.

5º) Sentencia: El Juez dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista.

En todo lo demás, el procedimiento abreviado se rige por las normas generales de la LJCA.

## **II. RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN:**

### **1. Recurso de súplica contra providencias y autos (artículo 79 LJCA ):**

Son susceptibles de este recurso las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación. Están excluidos del mismo los autos que resuelvan los recursos de súplica, de reposición y aclaración.

### **2. Recurso de apelación contra autos (artículo 80):**

Son susceptibles de este recurso los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:

- a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.
- b) Los recaídos en ejecución de sentencia.
- c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y 122 bis.
- e) Los recaídos en aplicación de los artículos 83 y 84.

### **3. Recurso ordinario de apelación (artículos 81-85):**

Son susceptibles de este recurso las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, *salvo* que se hubieran dictado en los asuntos siguientes:

- a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros.
- b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.4.

Ello no obstante, serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes:

- a) Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de recursos de cuantías inferiores a dieciocho mil euros.
- b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- c) Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.
- d) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

#### **4. Recurso de casación (artículos 86-95):**

Este recurso, como el de apelación, cabe contra sentencias y autos.

La determinación de las sentencias recurribles en casación pasa por las siguientes reglas, sistematizadas por SANTAMARÍA PASTOR:

- Con carácter general, son recurribles en casación las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia

- Se exceptúan de la regla general las sentencias recaídas sobre cuatro tipos de asuntos:

- a) Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.
- b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.

c) Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el artículo 122 LJCA.

d) Las dictadas en materia electoral.

Dicho lo cual es imprescindible tener en cuenta la regla contenida en la LJCA respecto a las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia: sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Por último, las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento.

Como se dijo antes, el recurso de casación procede también contra autos, con las siguientes particularidades:

- Los autos recurribles en casación son, exclusivamente, los referidos a las siguientes materias:

a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.

c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91, es decir, los relativos a la ejecución provisional de sentencias recurridas en casación.

e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111 de la LJCA, es decir, en los incidentes de extensión subjetiva de los efectos de las sentencias.

Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos señalados, es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica.

2º) Motivos del recurso de casación (artículo 88):

El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:

a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento.

c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la



subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.

Cuando el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d), el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

## **5. Recurso de casación para la unificación de doctrina (artículo 96-99):**

Esta “variedad” del recurso de casación tiene por finalidad unificar la jurisprudencia y eliminar la existencia de fallos distintos para casos iguales. Se trata de lograr que los tribunales sigan criterios homogéneos y de evitar que se produzcan situaciones contrarias a los principios de seguridad jurídica y de igualdad (BLANQUER).

Siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, la determinación de las sentencias impugnables en este específico recurso de casación se efectúa por la LJCA mediante la superposición de una serie de requisitos, tanto positivos como negativos.

a) Los requisitos positivos son de tres tipos:

- Que se trate de sentencias dictadas en única instancia (no, pues, en vía de apelación) por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia (artículos 96.1 y 2).

- Que dichas sentencias hubieran incurrido en contradicciones entre sí, es decir, que respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (artículo 96.1).

- Que se trate de sentencias cuya cuantía litigiosa, excediendo de 30.000 euros (límite mínimo de la apelación) no sea superior a 600.000 (límite mínimo de la casación ordinaria).

b) Los requisitos negativos se reducen a la exclusión de este recurso las sentencias a que se refiere el artículo 86.2.a), c) y d), ni las que quedan excluidas del recurso de casación en el artículo 86.4. Es decir las sentencias que versen sobre cuestiones de personal, las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión o en materia electoral, o aquellas sentencias cuya impugnación se basara e normas que no fueran de Derecho estatal ni comunitario europeo.

El caso especial del recurso especial en materia autonómica (artículo 99):

Son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, si existen varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias Secciones, cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. Este recurso sólo podrá fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

Este recurso únicamente procederá contra sentencias que no sean susceptibles de recurso de casación o de recurso de casación para la unificación de doctrina por aplicación exclusiva de lo previsto en el ya

citado artículo 86.4y cuando la cuantía litigiosa supere los 30.000 euros.

De este recurso de casación para la unificación de doctrina conocerá una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia.

## **6. Recurso de casación en interés de la ley (artículos 100-101):**

En palabras de BLANQUER, mientras que la finalidad perseguida por el recurso de casación que acaba de analizarse es “unificar” la jurisprudencia, el objetivo en este caso es “corregir” una jurisprudencia gravemente dañosa para el interés general.

Este recurso procede contra las sentencias (no cabe contra autos) dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, que no sean susceptibles de los recursos de casación anteriores. Se dice, por esto último, que es un recurso subsidiario (BLANQUER).

Legitimación: Están legitimadas para interponer este recurso la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto; las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto; el Ministerio Fiscal; y la Administración General del Estado, en interés de la ley.

## **7. Recurso de revisión (artículo 102):**

Se trata de un recurso contra sentencias firmes, de carácter extraordinario, que cabe plantear ante los siguientes motivos:

- Si después de pronunciada la sentencia se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- Si la sentencia se hubiere dictado en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- Si, habiéndose dictado la sentencia en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la misma.
- Si se hubiere dictado la sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

### **III. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS:**

Empleando palabras de la Exposición de Motivos de la LJCA, “la Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, *desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo*. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye”.

En efecto, la suma de los artículos 1, 24.1, 106 y 117 de la Constitución sólo podía abocar a una regulación que abordase con decisión la puesta a disposición de jueces y tribunales la ejecución de las resoluciones judiciales. Son prescripciones –dice la Exposición de Motivos– “que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface

mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”. Sin embargo, en la práctica la ejecución de sentencias continúa siendo una de las grandes aspiraciones y, al propio tiempo, mayores frustraciones del Estado de Derecho.

La afirmación general se contiene en el artículo 103.1 LJCA: “La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia”.

Correlativamente, “las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan” (apartado 2) y “todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto” (apartado 3).

La consecuencia de contradecir los pronunciamientos de las sentencias es la nulidad de pleno Derecho de los actos y disposiciones que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento (apartado 4).

Del conjunto normativo contenido en la LJCA sobre la ejecución de sentencias pueden destacarse las siguientes reglas:

1º) Firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en

el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél.

2º) Con carácter general, el órgano administrativo responsable de la ejecución dispone de un plazo de dos meses para el cumplimiento del fallo, pasado el cual cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa. No obstante, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.

3º) El órgano judicial dispone de determinadas facultades orientadas a evitar comportamientos elusivos de la Administración: “Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento” (artículo 108.2).

4º) Además, la LJCA establece dos medidas coactivas importantes para el caso de que se agoten los plazos contenidos para el cumplimiento del fallo sin que se haya llevado a puro y debido efecto:

Artículo 112: “Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán:

a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas

multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar...

b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder”.

5º) Si las medidas anteriores no fueran suficientes para lograr la ejecución del fallo, la LJCA regula técnicas de ejecución forzosa:

- Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial. A dicha cantidad se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia; que podrá incluso elevarse en dos puntos cuando, transcurridos tres meses desde la comunicación de la sentencia se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento (artículo 106).

- Si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Secretario judicial dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriese causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique (artículo 107).

- Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el Secretario del órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia (artículo 107

).

- Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada (artículo 108.1).

6º) La LJCA regula los supuestos de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia, disponiendo en su artículo 105.2 que:

“Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

7º) Distinto es el supuesto de expropiación de los derechos reconocidos por la sentencia en los casos de peligro cierto de alteración grave del libre



ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. El artículo 105.3 dispone que:

“Son causas de utilidad pública o de interés social para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. La declaración de la concurrencia de alguna de las causas citadas se hará por el Gobierno de la Nación; podrá también efectuarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando se trate de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración de dicha Comunidad o de las Entidades locales de su territorio, así como de las Entidades de Derecho público y Corporaciones dependientes de una y otras.

La declaración de concurrencia de alguna de las causas mencionadas en el párrafo anterior habrá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la comunicación de la sentencia. El Juez o Tribunal a quien competa la ejecución señalará, por el trámite de los incidentes, la correspondiente indemnización y, si la causa alegada fuera la de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, apreciará, además, la concurrencia de dicho motivo”.

Por último, el artículo 110 de la LJCA recoge una de las novedades más interesantes de este texto legal, dirigida en su día a descargar la Justicia administrativa: la posibilidad de extensión de los efectos de una sentencia firme dictada en materia tributaria y de personal. A tal efecto, deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.

El incidente se desestimarán, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si existiera cosa juzgada.
- b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99 (vid. *supra*).
- c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso Contencioso-Administrativo.

#### **IV. CLASES DE PROCESOS ESPECIALES.**

Además del procedimiento ordinario y abreviado, la LJCA regula en su Título V tres procedimientos especiales: el procedimiento para la protección de

los derechos fundamentales (artículos 114-122), la cuestión de ilegalidad (artículos 123-126) y el procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos (artículo 127). Por otra parte, y siendo atribuida al orden contencioso-administrativo la materia electoral (artículo 1.3 LJCA), habrá que estar a lo que para este tipo de procesos regula la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

El presente texto ha sido actualizado a diciembre de 2011.

## **BIBLIOGRAFIA:**

BLANQUER, D., *Derecho Administrativo, I, El fin, los medios y el control*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998 (varias ediciones).

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**

## **22. LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. NORMATIVA VIGENTE. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES DE CONTRATOS Y REGULACIÓN. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

## **PARTE IV TEMA 22: LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. NORMATIVA VIGENTE. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES DE CONTRATOS Y REGULACIÓN. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

### **I. LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

La contratación del sector público representa en España en torno al **13% del Producto Interior Bruto** (ronda los 130.000 millones de euros), mientras que en el ámbito comunitario supone el 16% (unos 2,9 billones de euros). Ambos datos ponen de manifiesto la gran importancia de este fenómeno desde el punto de vista económica, social, y también, jurídico.

En los siguientes cuatro temas se recogerán los conceptos básicos de la contratación pública en el ordenamiento jurídico español, con especial referencia a la normativa de nuestra Comunidad Autónoma.

### **II. NORMATIVA VIGENTE.**

#### **1. NORMATIVA COMUNITARIA.**

Desde la entrada de España en la Unión Europea, la normativa comunitaria ha incidido de manera determinante en la regulación de la contratación pública.

La **Directiva 2004/18/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de **obras**, de **suministro** y de **servicios**, vino a refundir todas las Directivas anteriores sobre la materia, y determinó la aprobación en España de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público como norma de transposición.

Esta Directiva **no incluye** los sectores del **agua**, la **energía**, los **transportes** y los **servicios postales**, que se rigen por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que se ha traducido en España en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que no será objeto de estudio.

#### **2. NORMATIVA ESTATAL.**

La principal normativa estatal en materia de contratos del sector público es:

- **Ley 30/2007**, de 30 de octubre, de **Contratos del Sector Público** (LCSP, en adelante).

La obligatoriedad de esta Ley en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia hay que modularla en el sentido de que sólo los artículos de **aplicación directa** (y por tanto, directamente aplicables, sin posibilidad de desarrollo por las Comunidades Autónomas) y los **básicos** (la Comunidad Autónoma de Galicia, que tiene competencias en contratación, puede desarrollarlos, pero no contradecirlos) vinculan en primer término a los órganos de la Comunidad, de acuerdo con su Disposición Final 7ª, por lo que en el resto, la Comunidad podría establecer una regulación distinta a la establecida en la LCSP.

La LCSP ya ha sufrido varias **modificaciones**, entre otros motivos porque no satisfizo convenientemente las exigencias de la Directiva 2004/18/CE con respecto a la modificación de los contratos y al régimen de recursos en materia de contratación, lo que fue puesto de relieve por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Una de estas modificaciones, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, autorizó al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año desde su entrada en vigor (6 de marzo de 2011), un **texto refundido** de la LCSP.

La LCSP dejó expresamente en vigor los artículos 253 a 260 del **Real Decreto Legislativo 2/2000**, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), relativos a la financiación privada en el contrato de concesión de obras públicas, derogando el resto.

- **Real Decreto 817/2009**, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Su Disposición Final 1ª establece qué artículos se consideran básicos.

- **Real Decreto 1098/2001**, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), aún en vigor en lo que no se oponga al RD 817/2009 y a la propia LCSP. También su Disposición Final 1ª señala qué artículos se consideran básicos.

Existe un debate doctrinal sobre si los **Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales** del contrato tienen un carácter propiamente normativo -de rango reglamentario-, como defienden Parada Vázquez y ciertos Informes del Consejo de Estado -como el 334/2002, de 11 de abril-, o si solamente tiene carácter contractual. Este asunto se estudiará más detenidamente en el tema 25.

## **2. NORMATIVA AUTONÓMICA GALLEGA:**

El artículo 28.2 del **Estatuto de Autonomía de Galicia** atribuye a nuestra Comunidad competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado, en los términos que la misma establezca, en materia de **contratación**, y el 27.1 y 5 le otorga competencia sobre la organización de sus instituciones de autogobierno y sobre procedimientos administrativos que se deriven de la organización propia de los poderes públicos gallegos.

Aparte del Estatuto, la principal **normativa específica gallega** en materia de contratación la constituyen:

- Respecto a cuestiones de competencia, el artículo 34 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su presidencia, el Decreto 87/1990, de 15 de febrero, y la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (LOFAXGA).

- Respecto al Registro de Contratos, el Decreto 198/1995, de 16 de marzo.

- Respecto a la participación del Consello Consultivo de Galicia en ciertos procedimientos, el artículo 11.h) de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre.

- Respecto a la adjudicación de obras y suministros por el procedimiento negociado con publicidad, Decreto 122/1996, de 8 de febrero.

- Respecto al Registro General de Contratistas, el Decreto 262/2001, de 20 de septiembre, modificado por el Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula la factura electrónica y la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en materia de contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y entes del sector público de ella dependiente.

- Respecto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, el Decreto 237/2007, de 5 de diciembre.

- Respecto a la publicidad de los contratos, el artículo 10 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, y la Orden de 4 de junio de 2010 por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.

## **III. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.**



## **1. OBJETO Y FINALIDAD.**

### **A) OBJETO.**

El artículo 1 LCSP señala que el objeto de la LCSP es:

**a)** Regular la contratación del **sector público** (con lo que se hace referencia al ámbito *subjetivo* de la Ley, el “sector público”, que se definirá más adelante), y

**b)** La regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los **contratos administrativos** (con lo que se quiere hacer referencia al ámbito *objetivo* de la Ley, aunque, más correctamente, debería hablarse de “**contratos del sector público**”, incluyendo a los contratos privados junto a los administrativos, pues ambos tipos son regulados por la LCSP).

### **B) FINALIDAD.**

**a)** La finalidad de **regular la contratación del sector público** es doble:

- **Garantía jurídica:** Garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos

- **Garantía económica:** Asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Esta garantía económica se conseguirá mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

**b)** Con respecto a la finalidad de **regular el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos**, la LCSP sólo hace una vaga alusión a “los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”.

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

El artículo 2 LCSP establece que están sometidos a la presente Ley:

1. En la forma y términos previstos en la misma, los contratos **onerosos** (es decir, que impliquen alguna contraprestación), cualquiera que sea su naturaleza jurídica (administrativa o privada), que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3 (los que forman el “sector público”, que se verán en el apartado siguiente). Estos contratos son los que reciben el nombre de “**contratos del sector público**”.

2. En los términos que en ella se señalan:

- Los contratos **subvencionados** por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren **otras personas** físicas o jurídicas (es decir, que no formen parte del sector público) en los supuestos previstos en el artículo 17 (esencialmente, como se verá, cuando fondos públicos de cierta importancia estén vinculados con el contrato),

- Los contratos de obras que celebren los **concesionarios** de obras públicas (cuando no tengan el carácter de poder adjudicador, como podría ser Sacyr, concesionaria, por ejemplo, de una autopista) en los casos del artículo 250 (es decir, cuando la adjudicación se realice a un tercero -por ejemplo, a FCC-, el valor del contrato sea igual o superior a 4.845.000 € y no concurren las circunstancias que permitan su adjudicación por un procedimiento negociado sin publicidad).

3. Con respecto a los contratos que celebren las **Comunidades Autónomas** y las entidades que integran la **Administración Local**, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, la aplicación de la LCSP se efectuará en los términos previstos en la disposición final séptima, la cual distingue qué artículos de la LCSP son de aplicación general

### **3. ÁMBITO SUBJETIVO.**

La LCSP distingue **tres grupos de sujetos** a los que vinculará la propia LCSP en materia de contratación de forma distinta.

Estos tres grupos son, de menos a más en razón de la extensión de su concepto, pero de más a menos en cuanto la intensidad de la regulación de la LCSP: las Administraciones públicas, los poderes adjudicadores y el sector público:

#### **A) ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

Según el artículo 3.2 LCSP, dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de **Administraciones Públicas** los siguientes entes, organismos y entidades:

a. Los mencionados en las letras a y b del artículo 3.1 LCSP.  
Es decir:

- La **Administración General del Estado**.
- Las Administraciones de las **Comunidades Autónomas**.
- Las Entidades que integran la **Administración Local**, y
- Las entidades gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Nacional de Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina) y los servicios comunes (Tesorería General de la Seguridad Social y Gerencia de Informática) de la **Seguridad Social**.

b. Los **Organismos autónomos** (como el Sergas, o el Instituto de la Mujer).

c. Las **Universidades Públicas**.

d. Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una **especial autonomía** reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de **regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad** (como el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o el Consejo de Seguridad Nuclear), y

e. Las **entidades de derecho público** vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

En esta letra e) podrían incluirse la mayoría de las Agencias Estatales (como la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, o la Agencia Estatal de Meteorología; en el ámbito gallego, estaría la Axencia Galega das Industrias Culturais -AGADIC-).

No obstante, **no** tendrán la consideración de Administraciones Públicas las **entidades públicas empresariales estatales** (como AENA, Loterías y Apuestas del Estado, o Red.es) y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

En relación a las entidades públicas empresariales de la Comunidad Autónoma de **Galicia**, la DA 7ª de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (LOFAXGA) señala que “las entidades públicas empresariales reguladas en la presente ley tienen el carácter de organismos asimilados a las entidades públicas empresariales estatales, a efectos de lo previsto en el último párrafo del apartado 2 del artículo 3.º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”.

La Disposición Adicional 25ª LCSP establece más excepciones, señalando que el régimen de contratación del **Instituto Español de Comercio Exterior**, la **Sociedad Estatal de Participaciones Industriales**, el **ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias** será el establecido en esta Ley para las **entidades públicas empresariales**, por lo que no se considerarán “Administraciones públicas” a los efectos de la LCSP.

Por su parte, y aunque no son Administraciones públicas, la Disposición Adicional 3ª LCSP indica que los órganos competentes del **Congreso** de los Diputados, del **Senado**, del **Consejo General del Poder Judicial**, del **Tribunal Constitucional**, del **Tribunal de Cuentas**, del **Defensor del Pueblo**, de las **Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas**, y de las instituciones autonómicas **análogas** al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (Consello de Contas y Valedor do Pobo), ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las **Administraciones Públicas**.

## B) PODERES ADJUDICADORES.

De acuerdo con el artículo 3.3 LCSP, se considerarán **poderes adjudicadores**, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

### a) Las **Administraciones Públicas** (ya mencionadas).

**b)** Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de **interés general** que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad,

controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Esta categoría, introducida en la Directiva 2004/18/CE, fue perfilada por la **Jurisprudencia Comunitaria**, en concreto, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003, que se pueden extraer las siguientes notas:

- Estos “entes, organismos o entidades” pueden ser entidades de Derecho privado (como una sociedad mercantil –sociedad anónima, sociedad e responsabilidad limitada, etc.- o una fundación), pues lo que prima es el punto de vista funcional, es decir, a qué se dedique la entidad.

- Al referirse a las “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” se está refiriendo a aquellas necesidades que no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuáles quiere conservar una influencia determinante.

- El ejemplo de esta categoría, y que da motivo a la sentencia, es la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (SIEPSA), que aunque sea una sociedad anónima, satisface una necesidad de interés general (construcción de cárceles: seguridad pública) que no tiene carácter industrial o mercantil, ya que no tiene competencia (monopoliza la construcción de infraestructuras penitenciarias) y no busca la obtención de beneficios (de hecho, en 1997 y 1998 dio pérdidas, sin que, pese a lo cual, se prevea una posibilidad de quiebra).

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, ejemplos de “poder adjudicador” de esta letra b) serían la Fundación Semana Verde de Galicia y la Fundación Centro Tecnológico de Supercomputación de Galicia.

La doctrina incluye también en esta categoría a la mayoría de las **entidades públicas empresariales**, que no serían Administraciones públicas a efectos de contratación, pero sí poderes adjudicadores.

**c) Las asociaciones** constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las **letras anteriores** (como la Federación Galega de Municipios e Provincias –FEGAMP-, o la Federación Española de Municipios y Provincias –FEMP).

En relación con los poderes adjudicadores, la Disposición Adicional 25ª, señala que en los contratos a que se refiere el artículo 16.2 de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del **Museo Nacional del Prado**, esta entidad aplicará las normas previstas en la LCSP para los contratos de

poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. Estos contratos no tendrán carácter de contratos administrativos.

### C) SECTOR PÚBLICO.

El concepto de “sector público” es más amplio que el de poder adjudicador, y por tanto, más amplio también que el de Administración pública, y los incluye.

Como señala el artículo 3.1 LCSP, a los efectos de la LCSP, se considera que forman parte del **sector público** los siguientes entes, organismos y entidades:

a. La Administración General del **Estado**, las Administraciones de las **Comunidades Autónomas** y las Entidades que integran la **Administración Local**.

b. Las entidades gestoras y los servicios comunes de la **Seguridad Social**.

c. Los **organismos autónomos**, las **entidades públicas empresariales**, las **Universidades Públicas**, las **Agencias Estatales** y cualesquiera **entidades de derecho público** con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d. Las **sociedades mercantiles** en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 % (como Redes Telecomunicación Gallegas Retegal, S.A., la Sociedad Pública de Inversiones de Galicia, S.A. -SPI GALICIA, SA-, o Galicia Calidade, S.A., con respecto a nuestra Comunidad Autónoma).

e. Los **consorcios** dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f. Las **fundaciones** que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (como, la

Fundación Cidade da Cultura, o, de nuevo, la Fundación Semana Verde de Galicia).

g. Las **Mutuas** de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (como el FREMAP).

h. Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de **interés general** que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (como SIEPSA, de nuevo).

i. Las **asociaciones** constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las **letras anteriores** (FEGAMP y FEMP, de nuevo).

Parada Vázquez señala que los **Colegios Profesionales** y **Cámaras Oficiales** que integran la administración corporativa **se excluyen** del sector público a efectos contractuales, por lo que tampoco tendrán la consideración de Administraciones Públicas. Sus contratos están sujetos íntegramente al Derecho privado.

#### **4. NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS.**

A efectos de mayor concreción de lo que queda incluido en el ámbito de aplicación de la LCSP, el artículo 4 de esta ley **excluye** ciertos negocios y contratos de la regulación de la LCSP, los cuales se regirán, en primer lugar, por su normativa específica, y la LCSP sólo servirá para suplir dudas y lagunas:

a. La relación de servicio de los **funcionarios públicos** y los contratos regulados en la **legislación laboral**.

b. Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un **servicio público** cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una **tarifa, tasa o precio público de aplicación general**.

De esta manera, no se rige por esta ley la contratación que se produce entre el usuario (cualquier ciudadano) de un servicio público (transporte urbano, por ejemplo), y la Administración (o empresa concesionaria) que se lo presta (a cambio, por ejemplo, del pago del billete de autobús).



c. Los **convenios de colaboración** que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, los convenios de colaboración se encuentran regulados en su artículo 6.

d. Los **convenios** que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al **derecho privado** (como cualquier particular, asociación o empresa privada), siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

El Tribunal Supremo ha señalado que estos convenios, aunque esté excluidos de la LCSP, tienen naturaleza administrativa, y en defecto de sus normas peculiares, resulta de aplicación supletoria las reglas generales del contrato de gestión de servicios públicos (STS de 2 de julio de 1994, entre otras).

e. Los convenios incluidos en el ámbito del artículo **296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea** que se concluyan en el sector de la **defensa**.

El artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se refiere a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra, incluidos en una lista elaborada por la Comisión Europea el 15 de abril de 1958. La excepción sólo afecta “al sector de la defensa”, por lo que no al ámbito interior, como sería la compra de armas para la Policía Nacional, Autonómica o Local.

f. Los acuerdos que celebre el Estado **con otros Estados o con entidades de derecho internacional público** (tratados internacionales).

g. Los contratos de **suministro** relativos a actividades directas de los **organismos de derecho público** dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter **comercial, industrial, financiero o análogo**, si los bienes sobre los que versan han sido **adquiridos con el propósito de devolverlos**, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.



Se trata de suministros no realizados para consumo interno del organismo, como una bombilla, una mesa o una silla que vayan a usarse en sus dependencias, sino de un suministro que se realiza pensando en devolverlo al tráfico jurídico patrimonial, es decir, al mercado. El ejemplo más gráfico, aunque ya no actual, es el del BOE, considerado en su momento un organismo de derecho público de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, que adquiriría, entre otras cosas, papel y tinta para confeccionar el Boletín Oficial del Estado, el cual luego vendía a los correspondiente compradores. Ese suministro de papel y tinta quedaría excluido de esta LCSP.

**h.** Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el **Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea** con uno o varios países no miembros de la Comunidad, relativos a **obras** o **suministros** destinados a la realización o explotación conjunta de una obra, o relativos a los contratos de **servicios** destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.

Se trata de contratos que pudiera realizar la Unión Europea con uno o más Estados u organismos internacionales, de acuerdo con el artículo 300 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. El ejemplo sería el tratado internacional realizado entre la UE y Marruecos para la construcción de un puente sobre el Estrecho de Gibraltar.

**i.** Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el **estacionamiento de tropas**.

Se trata de contratos o convenios celebrados para el traslado, estacionamiento inicial, estancia y retirada de tropas españolas en misiones humanitarias o de guerra, como las de Irak o Afganistán.

**j.** Los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una **organización internacional** (como la ONU).

**k.** Los contratos relativos a servicios de **arbitraje** y **conciliación**.

Estos contratos tienen como normativa específica la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

**l.** Los contratos relativos a **servicios financieros** relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.

Quedan excluidos, por tanto, todos los instrumentos de política monetaria, de tipos de cambio, de deuda pública, gestión de reservas, y cualquier otra política que implique operaciones con títulos o con otros instrumentos financieros. Asimismo, quedan excluidos los contratos para conseguir préstamos, o servicios como el cambio de moneda, por parte del Banco de España.

m. Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público **se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio**, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato.

De esta manera, si Navantia se obliga a construir un barco para una empresa coreana, ese contrato queda excluido de la LCSP. Pero si el receptor es, por ejemplo, una Administración Pública española, sí que quedaría sometido a la LCSP.

n. Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de **medio propio y servicio técnico** del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Esta letra n) se refiere a los contratos llamados “**in house providing**”, que son aquellos realizados con organismos considerados como medio propio y servicio técnico del ente matriz. Sería el caso de un contrato realizado entre la Administración General del Estado y **TRAGSA**, la cual, según la Disposición Adicional 30ª LCSP, se considera medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado. En cambio, si TRAGSA debe contratar con un tercero para cumplir el encargo de la Administración General del Estado, ese contrato sí quedaría sometido a la LCSP, en los términos de esta letra n).

o. Las **autorizaciones y concesiones** sobre **bienes de dominio público** y los contratos de **explotación** de **bienes patrimoniales** distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación

específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

La legislación específica es, principalmente, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y, en el caso de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 3/1985, de 12 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Gallega.

p. Los contratos de **compraventa, donación, permuta, arrendamiento** y demás negocios jurídicos **análogos** sobre bienes **inmuebles, valores negociables y propiedades incorporeales** (a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, según sean genéricos o hechos a medida). Estos contratos tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (que es, la que hemos referido en la letra anterior).

En estos contratos **no** podrán **incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección I del Capítulo II del Título Preliminar** (contratos administrativos típicos), si el valor estimado de las mismas es superior al 50 % del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley.

Este último párrafo se refiere a un contrato mixto, con mezcla de un contrato privado y otro administrativo. Sería el caso de un contrato de permuta de un inmueble "A" valorado en 10 millones de euros por otro "B" de 7,5 millones de valor. La diferencia de valor se pagaría, normalmente, en dinero. Pero si en vez del dinero, el propietario del inmueble "B" se ofrece a construirle un muro protector valorado en 2,5 millones, nos encontraríamos con una mezcla de permuta y obra que cumpliría los límites del párrafo anterior (la obra no sobrepasaría el 50% del total del negocio y mantendría la relación de vinculación o complementariedad). Si el muro costase 8 millones, debería contratarse independientemente, y no conjuntamente con la permuta.

q. Los contratos de servicios y suministro celebrados por los **Organismos Públicos de Investigación** estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de **proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos**, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido

encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

Como ejemplos de Organismos Públicos de Investigación pueden citarse el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) o el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA). La exclusión a la que se refiere esta apartado va en la misma línea que el artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

r. Los contratos de **investigación y desarrollo** remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste **comparta** con las empresas adjudicatarias los **riesgos** y los **beneficios** de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa

Esta última exclusión fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que intenta fomentar estos contratos de investigación y desarrollo en que Administración y empresa adjudicataria comparten riesgos y beneficios.

#### **IV. CLASES DE CONTRATOS Y REGULACIÓN.**

##### **A) LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS.**

Se llaman así por estar específicamente tipificados o regulados por la propia LCSP:

###### **1. El contrato de obras.**

De acuerdo con el artículo 6 LCSP, son **contratos de obras** aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

Por **obra** se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

El **Anexo I** señala como actividades propias de este tipo de contrato la preparación de obras -demoliciones, perforaciones, sondeos-, la construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, la instalación de edificios y obras -instalación eléctrica, aislamiento térmico, acústico y

antivibratorios, fontanería-, el acabado de edificios y obras, y el alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario.

## **2. El contrato de concesión de obras públicas.**

Este contrato surge principalmente de la necesidad de **crear infraestructuras sin incrementar el gasto público ni provocar inflación**, y tiene como ejemplo más típico, aunque no único, la construcción de una autopista por parte de una empresa privada a cambio de su derecho a explotarla durante un periodo generalmente largo de tiempo.

En origen fue considerado un **contrato mixto**, ya que suponía un contrato de obras (la construcción de la autopista) y un contrato de gestión de servicios públicos (la explotación de la autopista durante cierto tiempo), pero al día de hoy se le considera un **contrato típico autónomo**.

El artículo 7.1 LCSP establece que la **concesión de obras públicas** es un contrato que tiene por **objeto** la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la **contraprestación** a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

De esta manera, si la obra pública ya está construida, como pueda ser un presa en el cauce de un río, su explotación por una empresa privada (obtención de energía eléctrica) también se considerará contrato de concesión de obra pública, ya que sobre la presa deberán realizarse obras de conservación y mantenimiento que, de acuerdo con el artículo 6 y 106.1.c) LCSP, se consideran contratos de obras.

El artículo 7.2 LSCP señala, por un lado, que el contrato se ejecuta **a riesgo y ventura del contratista**, lo que significa que si los usuarios no utilizan la autopista suficientemente, o si un régimen de sequía hace poco productiva la presa hidráulica, la Administración no tendrá que suplir esa falta de ingresos del contratista.

Además, este artículo establece que el contrato podrá comprender, además de lo ya establecido en 7.1, el siguiente contenido:

a. La **adecuación, reforma y modernización** de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b. Las actuaciones de **reposición** y **gran reparación** que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

El artículo 7.3 LCSP, por su parte, establece que el contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado:

- A proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas **obras** que sean **accesorias** o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación (sería el caso de la construcción de una estación de servicio en una autopista), así como

- A efectuar las **actuaciones ambientales** relacionadas con las mismas que en ellos se prevean (como la construcción bajo las autopistas de pasos especiales para los animales).

En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico (como el caso de la gasolinera de la autopista), éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

### **3. El contrato de gestión de servicios públicos.**

#### Definición.

De acuerdo con el artículo 8.1 LCSP, “el **contrato de gestión de servicios públicos** es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria”.

#### Gestión indirecta de la Administración.

Se trata de prestar **servicios públicos**, como la educación, la sanidad, o el transporte público, a través de entidades (colegios y clínicas privadas, empresas de transporte) que se convierten en **gestores directos** del servicio, sin que la Administración intervenga más que

ejerciendo poderes de control y policía sobre la prestación de esos servicios (se dice que la Administración **gestiona indirectamente** el servicio).

Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Las **Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social** son asociaciones empresariales sin ánimo de lucro. Colaboran con la Seguridad Social en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Un ejemplo es el FREMAP.

Supuestos que no se consideran contrato de gestión de servicios públicos.

El artículo 8.2 LCSP señala que las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato **no serán aplicables**:

- A los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin (como el Sergas), ni
- A aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

En estos casos, se entiende que la Administración es la que presta directamente el servicio –gestión directa-, por más que lo haga a través de estas entidades o sociedades.

Modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.

El contrato de gestión de servicios públicos puede adoptar **cuatro modalidades** (artículo 253 LCSP):

a) La **concesión**, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo. Son de su cuenta, por tanto, las pérdidas o los beneficios que se puedan generar con la prestación del servicio público (piénsese en la explotación del servicio público de transporte urbano por parte de una empresa, la cual podría obtener beneficios si muchos ciudadanos usan el transporte público, o pérdidas, si no consigue un número mínimo de viajeros).

b) **Gestión interesada**, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. En esta modalidad, la empresa concesionario y la Administración se reparten las pérdidas o



ganancias derivadas de la prestación del servicio, por lo que comparten un interés común en que el servicio sea rentable.

c) **Concierto** con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Sería el caso de las clínicas o colegios concertados. El hecho de que entidades privadas presten un servicio público (sanidad, educación) permite a la Administración un gran ahorro de cara a cubrir todas las necesidades de la población con respecto a ese servicio público (piénsese en los miles de colegios que la Administración tendría que construir para cubrir toda la red de colegios concertados existente en España –en Galicia, más de doscientos).

d) **Sociedad de economía mixta**, en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. En esta modalidad, que tiene su razón de ser en el incentivo a la iniciativa privada, la sociedad creada con capital público y privado será la concesionaria del servicio (por ejemplo, para la gestión de un hospital).

#### **4. El contrato de suministros.**

##### Definición: Criterio general.

Según el artículo 9 LCSP, son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes **muebles**.

##### Propiedades incorpóreas y valores negociables.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del artículo 9.3 LCSP respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador (que, como se verá, pueden ser contratos de suministro o de servicios), **no** tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a **propiedades incorpóreas** (derechos de autor, o de patente...) o **valores negociables** (acciones, letras de cambio, cheques, pagarés...).

##### Contratos de suministro, en todo caso.

En todo caso, se considerarán contratos de **suministro** los siguientes:

a. Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una **pluralidad de bienes** de forma **sucesiva** y por **precio unitario** sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente (por ejemplo, suministro de jeringuillas para el Sergas). No obstante, la



adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.

**b.** Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de **telecomunicaciones** o para el **tratamiento de la información**, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a **excepción** de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados **a medida**, que se considerarán contratos de servicios.

De acuerdo con esto, sería contrato de suministro la adquisición de un programa de ordenador genérico, como Windows o Microsoft Office, pero sería contrato de servicios la adquisición de un programa específico desarrollado por una empresa para el uso del Sergas.

**c.** Los de **fabricación**, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos (como sería el caso de la construcción de una máquina diseñada por la Administración).

## **5. El contrato de servicios.**

### Definición legal.

Señala el artículo 10 LCSP que “son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el **desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro**. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el [Anexo II](#)”.

Unificación de los “contratos de consultoría y asistencia” y los “contratos de servicios”.

Es de destacar que la LCSP aglutina en un solo tipo de contrato tanto lo que la anterior normativa denominaba “**contratos de consultoría y asistencia**”, que se caracterizaban por su carácter intelectual (confección de los planos de un edificio por un arquitecto, un informe jurídico por parte de un bufete de abogados), como los anteriores “**contratos de servicios**”, que se caracterizaban por no tener ese carácter intelectual (confección de encuestas, limpieza de dependencias administrativas, o, en general, la actividad de un auxiliar administrativo). Ahora, todos esos contratos se denominan “contratos de servicios”.

### Las 27 categorías del Anexo II.

El **Anexo II** al que se refiere el artículo 10 LCSP divide los contratos de servicios en 27 categorías. No obstante, no todas las categorías del Anexo II se consideran contratos administrativos, ya que el apartado a) del artículo 19.1 LCSP señala que “los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 (servicios financieros: seguros, bancarios e inversiones) del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) no tendrán carácter administrativo (por lo que se consideran contratos privados).

### **6. El contrato de colaboración entre el sector público y privado.**

Supone una novedad de la LCSP, y tiene como objetivo financiar con capital privado una actividad de interés general de carácter complejo, repartiendo los riesgos entre el sector público y el sector privado.

El artículo 11 LCSP indica que “son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una **actuación global e integrada** que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Este contrato se diferencia a duras penas, en cuanto a su objeto, del contrato de gestión de servicio y, sobre todo, del contrato de concesión de obra pública. De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión Europea sobre

colaboración pública y privada, en la concesión, paga el usuario (conductor que utiliza una autopista con peaje), mientras que en el contrato de colaboración, **paga la Administración**. En el contrato de concesión, el concesionario siempre tiene un derecho de explotación, mientras que en el contrato de colaboración, la contraprestación del contratista “consistirá siempre en un **precio** que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.

Una característica de este contrato es su carácter **subsidiario**: Sólo se puede recurrir a él cuando “otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”.

Aunque la letra d) del artículo 11.1 LCSP, pudiera hacer pensar otra cosa, este contrato de colaboración ha de caracterizarse siempre por el carácter **complejo** de su ejecución, como pudiera ser la construcción y puesta en funcionamiento, con la correspondiente generación eléctrica, de una central nuclear.

## **7. Régimen de los contratos administrativos típicos.**

Estos contratos se regirán, de acuerdo con el artículo 19.2 LCSP, en todas sus fases (preparación, adjudicación, efectos y extinción):

a. Por la **LCSP** y sus **disposiciones de desarrollo** (han de tenerse presentes en este punto a las consideraciones realizadas anteriormente con respecto a la “normativa vigente”).

b. Supletoriamente a la LCSP y a la normativa de desarrollo, señala el artículo 19.2 LCSP que se aplicarán las restantes normas de **derecho administrativo**, incluyendo, entre otras, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

c. En su defecto, las normas de **derecho privado**, refiriéndose, fundamentalmente, al Código Civil, que además de regular aspectos esenciales de la validez y eficacia de los contratos, la forma de interpretarlos, resolverlos o anularlos, también regula contratos de objeto semejante al regulado en la LCSP, como la compraventa (que si fuese de bienes muebles se asemejaría al contrato de suministros), o el arrendamiento de obras y servicios.

## **8. Jurisdicción competente.**

De acuerdo con el artículo 21.1 LCSP, “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones

litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”.

## **B) LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES.**

### **1. Definición legal.**

A los contratos administrativos especiales se refiere el apartado b) del artículo 19.1 LCSP, al señalar que también son contratos administrativos “los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan **naturaleza administrativa especial**.”

La Ley entiende que existe esa **naturaleza administrativa especial**:

- Por estar **vinculados al giro o tráfico específico de la Administración** contratante, es decir, con la actividad o funcionamiento normal de la Administración, como puede ser la contratación de una empresa privada para que preste a los pacientes el servicio de televisión por tarjeta prepago en un hospital público: no es un contrato de gestión de servicio público porque el poner televisores a disposición de los pacientes no es un servicio público que deba prestar la Administración; no es un contrato de servicios porque quien recibe el servicio es el paciente, no la Administración, y por supuesto, no es un contrato de obras u otro administrativo típico que se le parezca. Sin embargo, el poner televisores a disposición de los pacientes está, sin duda, relacionado con la prestación del servicio público de asistencia sanitaria, ya que hace más llevadera la estancia de los pacientes en los hospitales, con lo que se caracteriza como contrato administrativo especial.

- Por satisfacer de forma directa o inmediata una **finalidad pública** de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1 LCSP.

- Por declararlo así una **Ley**. Un ejemplo de este último supuesto lo aporta la propia LCSP, en su artículo 24, referido a obras, fabricación de bienes muebles y ejecución de servicios por la propia Administración con la colaboración de empresarios particulares. Establece el citado artículo que “cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración”.

### **2. Régimen legal de los contratos administrativos especiales.**

Es el mismo que el de los contratos administrativos típicos, ya examinado, con la salvedad de que los contratos administrativos especiales se regirán, en primer lugar, por sus **normas específicas** (artículo 19.2, *in fine*).

### **3. Jurisdicción competente.**

Igual que en los contratos administrativos típicos, será el **orden jurisdiccional contencioso-administrativo** el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (artículo 21.1 LCSP).

## **C) CONTRATOS PRIVADOS**

### **1. Definición legal.**

Con respecto a la definición de los contratos privados, el artículo 20.1 LCSP utiliza un doble criterio:

**a.** Atendiendo al sujeto que celebra el contrato y al objeto del mismo, establece que “son contratos privados los celebrados por una **Administración Pública** que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II (servicios financieros: seguros, bancarios e inversiones), la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo (no abarcan toda la categoría 26), y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos”, y como cajón de sastre, señala que también serán privados cualesquiera otros contratos distintos que no sean administrativos.

De este apartado podemos concluir:

- Que las Administraciones Públicas pueden celebrar contratos administrativos o privados, según el objeto del contrato.
- Que los contratos que celebren las Administraciones Públicas, o bien son administrativos, o bien son privados, sin tercera opción posible.

**b.** Atendiendo exclusivamente al sujeto que celebra el contrato, establece que “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que **no reúnan la condición de Administraciones Públicas**”.

De este segundo punto podemos concluir que los entes, organismos y entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas (por ejemplo, las entidades públicas empresariales, como AENA)

no podrán celebrar contratos administrativos. Todos los que celebren serán privados. Por supuesto, para entender qué deba entenderse por Administraciones Públicas hay que estar a la definición que da de ellas la propia LCSP, en su artículo 3.2, ya examinada.

## **2. Régimen jurídico de los contratos privados.**

Teniendo en cuenta que la vida de un contrato tiene cuatro fases (preparación, adjudicación, efectos y extinción), a efectos de determinar la normativa por la que se rigen los contratos privados, es necesario distinguir las dos primeras de las dos últimas:

### **a. Preparación y adjudicación:**

- En primer lugar, se rigen por sus normas específicas.
- En defecto de normas específicas, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, en los términos ya expuestos al hablar de los contratos administrativos.
- Supletoriamente, se regirán por el resto de normas de derecho administrativo (si quien celebra el contrato privado es una Administración Pública), o, en su caso, por las normas de derecho privado (si el ente, organismo o entidad que celebra el contrato no es una Administración pública).

### **b. Efectos y extinción:**

Estas dos últimas fases se regirán siempre por el derecho privado. No obstante, en cuanto a modificación de los contratos, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en la LCSP, en el Título V del Libro I (artículos 92 bis a 92 quinquies).

## **3. Jurisdicción competente de los contratos privados.**

### **a. Preparación y adjudicación.**

Será el orden jurisdiccional **contencioso-administrativo** el competente para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las *Administraciones Públicas*.

En cuanto al resto de contratos privados, también será el competente este orden jurisdiccional si se trata *contratos sujetos a regulación armonizada* (que se verán en el apartado siguiente), incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, así como de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor

estimado sea igual o superior a 193.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores (como podría ser, por ejemplo, un contrato de 200.000 € celebrado por la Fundación Semana Verde de Galicia para la seguridad -categoría 23 del Anexo II- en el recinto ferial de Silleda).

El orden jurisdiccional competente será el **civil** si se trata de contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a la LCSP que no tengan el carácter de Administración Pública y esos contratos no estén sujetos a regulación armonizada (como sería el caso de si el contrato de seguridad del recinto ferial antes referido tuviera un presupuesto de 100.000 euros, en vez de 200.000).

#### **b. Efectos y extinción.**

El orden jurisdiccional competente será siempre el **civil**.

### **D) CONTRATOS SUJETOS, O NO SUJETOS, A REGULACIÓN ARMONIZADA.**

Aparte de la división de los contratos en administrativos o privados, los contratos del sector público pueden dividirse en contratos sujetos a regulación armonizada (también llamados “contratos SARA”, por sus iniciales), y contratos no sujetos a regulación armonizada.

Los **criterios** para deslindar unos de otros serán el tipo de contrato, la entidad contratante y la cuantía del contrato, y la **consecuencia** será la aplicación o no de determinada normativa comunitaria -común, por tanto, en toda la UE-, plasmada en la propia LCSP.

#### **1. Delimitación positiva.**

A este respecto, el artículo 13.1 LCSP establece que “son **contratos sujetos a una regulación armonizada** los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso (es decir, independientemente de la cuantía), y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II (no, por tanto, las categorías 17 a 27), cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes (artículos 14 a 16), siempre que la entidad contratante tenga el carácter de **poder adjudicador** (de acuerdo con la definición del artículo 3.3 LCSP, que incluye a las Administraciones Públicas). Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los **contratos subvencionados** por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.



## **2. La particularidad de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.**

El artículo 17 LCSP establece que “son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10, respectivamente, que sean **subvencionados** (no “celebrados” o “adjudicados”; el poder adjudicador, en este caso, sólo los subvenciona), de forma directa y **en más de un 50 % de su importe**, por entidades que tengan la consideración de **poderes adjudicadores**, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a. Contratos de **obras** que tengan por objeto actividades de **ingeniería civil** de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE) (esto es, carreteras, puentes...), o la construcción de **hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios** y edificios de **uso administrativo**, siempre que su valor estimado sea **igual o superior 4.845.000 euros** (cifra actualizada de acuerdo con la Orden EHA/3497/2009, de 23 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2010).

b. Contratos de **servicios vinculados a un contrato de obras** de los definidos en la letra a (principalmente, los planos de esas obras), cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros (igualmente, Orden EHA/3497/2009).

De esta manera, si, por ejemplo, un grupo empresarial privado dedicado a la educación contratara por veinte millones de euros a otra empresa para la construcción de una **universidad privada**, y doce millones (más de la mitad) los aportara la Xunta de Galicia, el contrato entraría dentro de la categoría de contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada.

Es de destacar en este punto que la principal intención de la Directiva 18/2004, que la LCSP viene a desarrollar, es el **sometimiento a ciertas garantías de los contratos que afecten a fondos públicos, independientemente de quienes celebren los contratos**. Así que, aunque los contratantes pudieran ser privados, como es el caso del ejemplo antes comentado, el contrato se someterá a ciertas prescripciones de la LCSP por afectar a fondos públicos (en el ejemplo, los de la Xunta).

## **3. Delimitación negativa.**



El artículo 13.2 LCSP excluye, por razón de su objeto, ciertos contratos de esta categoría, asegurando que **no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado**, los contratos siguientes:

- a. Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la **radiodifusión** (por ejemplo, una obra de teatro destinada a su emisión por radio), por parte de los organismos de radiodifusión (como Radio Televisión de Galicia, S.A.), así como los relativos al tiempo de radiodifusión.
- b. Los de **investigación y desarrollo** remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.
- c. Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo **296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea** que se concluyan en el sector de la defensa (como vimos, comercio de armas, municiones y material de guerra).
- d. Los declarados **secretos** o reservados, o aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado (como sería el caso de reformas en el Palacio de la Moncloa, o en Monte Pío).
- e. Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de **telecomunicaciones** o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones (como el soporte a la gestión operativa del Servicio Gallego de Apoyo a la Movilidad Personal para Personas con Discapacidad y/o Dependientes, teléfono 065).

#### **4. Umbral económico de los contratos de obras.**

El artículo 14 LCSP establece que “están sujetos a regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior a **4.845.000 euros** (Orden EHA/3497/2009)”.

“En el supuesto previsto en el artículo 76.7 (casos en que quepa la adjudicación de varios **lotes** separados, dando lugar cada lote a un contrato independiente), cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad indicada en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de

estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea **inferior a un millón de euros**, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el **20 %** del valor acumulado de la totalidad de los mismos”.

De esta manera, si, por ejemplo, tuviéramos un expediente de obras con tres lotes, uno de cinco millones de euros, otro de dos millones de euros y un tercero de medio millón, la suma de los tres superaría el umbral de 4.485.000 €, pero el lote de medio millón es inferior a un millón de euros, y con respecto al importe acumulado (7.500.000 €), no sobrepasa el 20% (sólo representa el 6,6%), por lo que se considerarían sujetos a regulación armonizada el lote uno y dos, mientras que el tercero no se consideraría sujeto a regulación armonizada.

### **5. Umbral económico de los contratos de suministro.**

Con respecto a los contratos de suministro, el artículo 15 LCSP establece que están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- a. **125.000 euros** (Orden EHA/3497/2009), cuando se trate de contratos adjudicados por la **Administración General del Estado**, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la **defensa**, este umbral solo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo III.
- b. **193.000 euros** (Orden EHA/3497/2009), cuando se trate de contratos de suministro **distintos**, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior”. Este sería el caso de los contratos de suministro adjudicados por la Xunta de Galicia.

Con respecto a los contratos de suministros adjudicados por **lotes**, se aplica la misma regla que en los contratos de obras, cambiando las cuantías de 4.485.000 € por **125.000 ó 193.000 €**, según los casos que acabamos de ver, y la de un millón de euros por la de **80.000**.

### **6. Umbral económico en los contratos de servicios.**

Señala el artículo 16 LCSP que están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las **categorías 1 a 16 del Anexo II** (como sabemos, las categorías 17 a 27 nunca están sujetas a regulación armonizada) cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- a. **125.000 euros** (Orden EHA/3497/2009), cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la **Administración General del Estado**, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 (servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones) y para los contratos de la categoría 8 (servicios de investigación y desarrollo) del Anexo II en la letra b de este artículo.
- b. **193.000 euros** (Orden EHA/3497/2009), cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público **distintos** a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la **categoría 5** consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la **categoría 8** (servicios de investigación y desarrollo), según se definen estas categorías en el Anexo II. Esta cuantía sería la que habría que tener en cuenta en contratos de servicios adjudicados por la Xunta de Galicia.

Con respecto a los contratos de servicios adjudicados por **lotes**, se repite el sistema y las cuantías del contrato de suministros.

## **E) LOS CONTRATOS MENORES.**

### **1. Definición legal**

Dentro de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, hay que distinguir los contratos menores, que son aquellos de importe **inferior a 50.000 €**, cuando se trate de contratos de **obras**, o a **18.000 €**, cuando se trate de **otros contratos**, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal (artículo 122.3 LCSP).

### **2. Adjudicación directa.**

Los contratos menores podrán **adjudicarse directamente a cualquier empresario** con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95 LCSP (que veremos al estudiar la fase de preparación de los contratos).

## **F) LOS CONTRATOS MIXTOS.**

Señala el artículo 12 LCSP que “cuando un contrato **contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase** se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su **adjudicación**, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”.

De esta manera, si, por ejemplo, un contratista se obliga a realizar obras de reforma de cuatro millones de euros, y además añadir un equipo tecnológico (pantallas, cámaras, sensores...) vinculado a esa construcción, por valor de 100.000 euros, tendremos una mezcla de contrato de obras y de suministros, que en cuanto a su adjudicación, se regirá por las normas de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (en el ejemplo, por las de obras, por ser de mayor cuantía).

En cuanto a los **efectos** y **extinción** de los contratos mixtos, el artículo 99.2 LCSP establece que en el **pliego** de cláusulas administrativas particulares “se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”.

## **V. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

### **1. RACIONALIDAD Y CONSISTENCIA DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

#### **A) NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO.**

De acuerdo con el artículo 22 LCSP, los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean **necesarios** para el cumplimiento y realización de sus **finés institucionales**.

A tal efecto, deben ser determinadas con precisión la naturaleza y extensión de las **necesidades** que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la **idoneidad** de su objeto y contenido para satisfacerlas, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

#### **B) PLAZO DE DURACIÓN DE LOS CONTRATOS.**

##### **1. Criterios de determinación de la duración de los contratos.**

Señala el artículo 23.1 LCSP, que sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta:

- La **naturaleza de las prestaciones** (obra, suministro, etc).
- Las características de su **financiación** (los contratos de concesión de obra pública, como la construcción y explotación de una autopista, requieren mucho tiempo para poder recuperar la inversión, además del beneficio).
- La necesidad de **someter periódicamente a concurrencia** la realización de las mismas (por la mejora de la técnica, aparición de mejores materiales, etc., que puedan permitir a nuevas empresas mejorar la oferta de la adjudicataria).

## **2. Prórrogas.**

El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que se den las siguientes dos circunstancias:

- Sus características permanezcan **inalterables** durante el periodo de duración de éstas (no se cambien las unidades de obra o las características de los bienes suministrados, por ejemplo; sólo se altera el factor tiempo).
- La concurrencia para su adjudicación haya sido realizada **teniendo en cuenta** la duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga (lo que podría tener repercusión, por ejemplo, en los precios de las ofertas, o incluso en el propio interés de las empresas en la licitación, e impide una duración indeterminada del contrato).

La prórroga se acordará por el **órgano de contratación** y será **obligatoria** para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes (deberá ser expreso).

## **3. Especialidades de los contratos menores.**

Los contratos menores no podrán tener una duración superior a **un año** ni ser objeto de **prórroga**.

### **C) EJECUCIÓN CON MEDIOS PROPIOS O CON LA COLABORACIÓN DE PARTICULARES.**

El artículo 24 LCSP recoge la posibilidad de realizar obras, fabricar bienes muebles o realizar servicios **sin recurrir al contrato de obras, suministros o servicios** antes vistos:

## **1. Ejecución de obras con medios propios o con la colaboración de particulares.**

La ejecución de **obras** podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de éstos sea inferior a 4.845.000 euros, cuando concorra alguna de estas circunstancias (la LCSP sigue un criterio restrictivo):

a. Que la Administración tenga montadas **fábricas**, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.

b. Que la Administración posea **elementos auxiliares** utilizables, cuyo empleo suponga una **economía** (ahorro) superior al 5 % del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.

c. Que **no haya habido ofertas** de empresarios en la licitación previamente efectuada.

d. Cuando se trate de un supuesto de **emergencia**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97.

e. Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea **imposible la fijación previa de un precio cierto** o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo (por hora trabajada, por ejemplo).

f. Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por **no haberse llegado a un acuerdo en los precios** contradictorios correspondientes (cuando haya de realizarse unidades no previstas en el proyecto y Administración y contratista tengan que llegar a un acuerdo).

g. Las obras de **mera conservación y mantenimiento**, definidas en el artículo 106.5.

h. Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un **anteproyecto**, cuando **no** se aplique el artículo **134.3.a** (aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores).

i. En los supuestos de la letra **d** del artículo **206** (originariamente, la letra d del artículo 206 se refería, como causa de resolución, a la no formalización de contrato en plazo; tras la reforma de este artículo, se refiere actualmente, también como causa de resolución, a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo de 15 días hábiles, contados desde la formalización, para iniciar la ejecución de un contrato adjudicado pro el trámite de urgencia).

En casos distintos de los contemplados en las letras d, g y h, deberá redactarse el correspondiente **proyecto**.

## **2. Fabricación de bienes muebles con medios propios o con la colaboración de particulares.**

La fabricación de bienes **muebles** podrá efectuarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando de forma exclusiva medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de la prestación a cargo de éstos sea inferior a las cantidades señaladas en el artículo 15 (contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada: umbral), cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en las letras **a, c, d, e e i** del apartado anterior, o cuando, en el supuesto definido en la letra **b** de este mismo apartado, el ahorro que pueda obtenerse sea superior al 20 % del presupuesto del suministro o pueda obtenerse una mayor celeridad en su ejecución.

**Se exceptúan** de estas limitaciones aquellos suministros que, por razones de **defensa** o de interés militar, resulte conveniente que se ejecuten por la Administración.

## **3. Realización de servicios en colaboración con empresarios particulares**

La realización de **servicios** en colaboración con empresarios particulares (ya no indica “con medios propios”) podrá llevarse a cabo siempre que su importe sea inferior a las cantidades establecidas en el artículo 16 (contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral), y concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, en lo que sean de aplicación a estos contratos.

**Se exceptúan** de estas limitaciones los servicios de la **categoría 1** (“servicios de **mantenimiento y reparación**”) del anexo II (“servicios a los que se refiere el artículo 10”, referido al contrato de servicios) cuando estén referidos al mantenimiento de bienes incluidos en el ámbito definido por el artículo **296** del **Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea** (producción o comercio de armas, municiones y material de guerra).

## **4. Carácter administrativo especial de los contratos de colaboración.**

Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter **administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios**, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración.



La **selección del empresario colaborador** se efectuará por los procedimientos de adjudicación establecidos en el artículo 122 (las reglas generales de adjudicación, por tanto, previstas en la LCSP), salvo en caso de emergencia.

En los supuestos de **obras** incluidas en las letras **a** (tenga montadas fábricas, etc.) y **b** (posea elementos auxiliares utilizables...) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el **50 %** del importe total del proyecto.

### **5. Órgano competente para autorizar.**

La autorización de la ejecución de obras y de la fabricación de bienes muebles y, en su caso, la aprobación del proyecto, corresponderá al **órgano competente para la aprobación del gasto** o al órgano que determinen las disposiciones orgánicas de las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito.

### **6. Entes, organismos y entidades del sector público considerados medios propios y servicios técnicos.**

A los efectos previstos en artículo 24 y en el artículo 4.1.n (contratos “*in house providing*”), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados **medios propios y servicios técnicos** de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

El **ejemplo** de medio propio y servicio técnico lo tenemos en la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (**TRAGSA**) y sus filiales, con respecto a la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, de acuerdo con la Disposición Final 30ª LCSP).

En el ámbito de la **Comunidad Autónoma de Galicia**, el artículo 47 LOFAXGA señala que “a los efectos previstos en el artículo 4.º 1.n) y 24.6 LCSP, **todas las entidades instrumentales** determinadas en el artículo 45 (organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales, consorcios autonómicos, sociedades mercantiles públicas autonómicas, y fundaciones del sector público autonómico) tienen la consideración de medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los cuales realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ejerzan sobre aquéllos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”.



## 2. LIBERTAD DE PACTOS Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO.

### A) LIBERTAD DE PACTOS.

#### 1. Límites.

De acuerdo con el artículo 25.1 LCSP, en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al **interés público** (artículo 103.1 CE), al **ordenamiento jurídico** (principio de legalidad, incluyendo las prescripciones de la propia LCSP) y a los **principios de buena administración** (como la eficiencia).

#### 2. Fusión de prestaciones de contratos diferentes.

Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un **contrato mixto** cuando esas prestaciones se encuentren directamente **vinculadas** entre sí y mantengan relaciones de **complementariedad** que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante (artículo 25.2 LCSP).

### B) CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO.

Señala el artículo 26.1 LCSP que, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- a. La identificación de las **partes**.
- b. La acreditación de la **capacidad** de los firmantes para suscribir el contrato.
- c. Definición del **objeto** del contrato.
- d. Referencia a la **legislación** aplicable al contrato.
- e. La enumeración de los **documentos** que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.
- f. El **precio** cierto, o el modo de determinarlo.

- g. La **duración** del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
- h. Las condiciones de **recepción, entrega o admisión** de las prestaciones.
- i. Las condiciones de **pago**.
- j. Los supuestos en que procede la **resolución**.
- k. El **crédito** presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.
- l. La extensión objetiva y temporal del deber de **confidencialidad** que, en su caso, se imponga al contratista.

El **documento contractual** no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los **pliegos**, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos (art. 26.2 LCSP).

### **3. PERFECCIÓN Y FORMA DEL CONTRATO.**

#### **A) PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS.**

Tras la modificación de la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la formalización recupera su carácter constitutivo, en la medida en que el contrato nace (“se perfecciona”) con la **formalización** (artículo 27.1 LCSP), es decir, con su firma, y no con la adjudicación (“definitiva” -pues también había una “provisional”-), como establecía la normativa anterior.

Los **contratos subvencionados** que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, deban considerarse **sujetos a regulación armonizada**, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. Las partes deberán notificar su formalización al órgano que otorgó la subvención.

Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se entenderán celebrados en el **lugar** donde se encuentre la sede del órgano de contratación.

#### **B) CARÁCTER FORMAL DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

##### **1. Prohibición de contratación verbal, salvo casos de emergencia.**

Resaltando el carácter formal de los contratos del sector público, el artículo 28.1 LCSP señala que los entes, organismos y entidades del sector público **no** podrán contratar **verbalmente**, salvo que el contrato tenga,

conforme a lo señalado en el artículo 97.1, carácter de **emergencia** (es decir, en casos de acontecimientos catastróficos, grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional).

## **2. Formalización de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas.**

Los contratos que celebren las **Administraciones Públicas** se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo **140** (como principio general, en documento administrativo), sin perjuicio de lo señalado para los contratos **menores** en el artículo 95 (que señala que en estos contratos la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, salvo en los de obras, en los que se añade el presupuesto de las obras, y en ciertos casos, proyecto e informe de supervisión, como se verá en el tema siguiente).

## **3. Formalización de los contratos celebrados por el resto del sector público.**

Los contratos que celebren otros entes, organismos y entidades del sector público, cuando sean **susceptibles de recurso especial** en materia de contratación conforme al artículo 310.1 deberán formalizarse en los plazos establecidos en el artículo **140.3**, tal como se verá más adelante.

## **4. REMISIÓN DE INFORMACIÓN A EFECTOS ESTADÍSTICOS Y DE FISCALIZACIÓN.**

### **A) DEBER DE REMISIÓN DE CONTRATOS AL TRIBUNAL DE CUENTAS.**

Señala el artículo 29 LCSP que, dentro de los **tres meses** siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una **copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado** aquél, acompañada de un **extracto** (resumen) **del expediente** del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda:

- De 600.000 euros, tratándose de **obras**, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado;
- De 450.000 euros, tratándose de **suministros**, y
- De 150.000 euros, en los de **servicios** y en los contratos **administrativos especiales**.

Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las **modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos**, las **variaciones de precio** y el

**importe final**, la **nulidad** y la **extinción** normal o anormal de los contratos indicados.

Este deber se entiende sin perjuicio de las facultades del Tribunal de Cuentas o, en su caso, de los correspondientes órganos de fiscalización externos de las Comunidades Autónomas para reclamar **cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes** con relación a los **contratos de cualquier naturaleza y cuantía** (artículo 11.a Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 4.c Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consello de Contas).

## **B) DATOS ESTADÍSTICOS.**

El artículo 30 LCSP nos brinda un ejemplo del artículo **10.1 Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, relativo a la remisión a la Administración General del Estado de disposiciones de carácter general o, como en este caso, resoluciones (adjudicaciones de contratos) que deban enviarse a la Unión Europea.

Así, señala que en el mismo plazo señalado en el artículo anterior (tres meses siguientes a la formalización del contrato) se remitirá por el órgano de contratación a la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado** la información sobre los contratos que reglamentariamente se determine, a efectos del cumplimiento de la normativa internacional (esencialmente, normativa europea). Asimismo se informará a la mencionada Junta de los casos de modificación, prórroga o variación del plazo, las variaciones de precio y el importe final de los contratos, la nulidad y la extinción normal o anormal de los mismos.

Las Comunidades Autónomas que cuenten con Registros de Contratos podrán dar cumplimiento a estas previsiones a través de la comunicación entre Registros.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

### **Bibliografía:**

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. y Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. y Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2ª edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

**23. PARTES DEL CONTRATO:  
ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y  
APTITUD PARA CONTRATAR  
CON EL SECTOR PÚBLICO.  
REGISTROS OFICIALES.  
OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA  
DEL CONTRATO. GARANTÍAS  
EXIGIBLES EN LA  
CONTRATACIÓN DEL SECTOR  
PÚBLICO.**

## **PARTE IV TEMA 23: PARTES DEL CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN, Y APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO. REGISTROS OFICIALES. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO. GARANTÍAS EXIGIBLES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

### **I. PARTES DEL CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN, Y APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO.**

#### **1. ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.**

Salvo en los contratos subvencionados del artículo 17 LCSP y los de los concesionarios de obras públicas del artículo 250 LCSP, en el resto de los contratos regulados por la LCSP (que son los “contratos del sector público”), una de las partes contratantes ha de **pertenecer al “sector público”** definido en el artículo 3.1 LCSP, la cual dispondrá de al menos un órgano competente para contratar (llamado **“órgano de contratación”**).

##### **A) COMPETENCIA PARA CONTRATAR.**

#### **1. Representación en materia contractual.**

De acuerdo con el artículo 40 LCSP, la representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los **órganos de contratación**, unipersonales (como un Conselleiro) o colegiados (como el Pleno de un Ayuntamiento o las Juntas de Contratación) que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.

#### **2. Delegación y desconcentración.**

Los órganos de contratación podrán **delegar** (se transmite el ejercicio de la competencia, no su titularidad) o **desconcentrar** (se transmite ejercicio y titularidad de la competencia) sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos (véanse los artículos 13 y 12.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación (art. 40.2 LCSP).

#### **3. Órganos de contratación en la Administración General del Estado.**

En el ámbito estatal, el artículo 291.1 LCSP señala que los **Ministros** y los **Secretarios de Estado** son los órganos de contratación de la

Administración General del Estado y, en consecuencia, están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia.

En los departamentos ministeriales en los que existan varios órganos de contratación, la competencia para celebrar los contratos de suministro y de servicios que afecten al ámbito de más de uno de ellos corresponderá al **Ministro**, salvo en los casos en que la misma se atribuya a la **Junta de Contratación**.

#### **4. Órganos de contratación en los organismos públicos estatales.**

Los **Presidentes** o **Directores** de los organismos autónomos, Agencias Estatales, entidades públicas empresariales y demás entidades públicas estatales y los **Directores generales** de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, son los órganos de contratación de unos y otros, a falta de **disposición específica** sobre el particular, recogida en las correspondientes normas de creación o reguladoras del funcionamiento de esas entidades (art. 291.2 LCSP).

#### **5. Órganos de contratación del sistema estatal de contratación centralizada.**

El **Director General del Patrimonio del Estado** es el órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada regulado en los artículos 190 y 191 LCSP (suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos -fotocopiadoras, papel, sistemas de seguridad, etc.-).

#### **6. Las Juntas de Contratación.**

Según el artículo 291.4 LCSP, podrán constituirse **Juntas de Contratación** en los departamentos ministeriales y en los organismos autónomos, Agencias Estatales, entidades públicas empresariales y demás entidades de derecho público estatales, así como en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

En caso de constituirse, estas Juntas de Contratación actuarán como órganos de contratación (colegiados) en los contratos que fija el propio artículo (que son la mayoría), con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del departamento (así, el Ministro -titular del departamento- podría imponer a la Junta de Contratación el límite de no poder adjudicar contratos de servicios, o de suministro, o bien que no pudiera adjudicar contratos que superen, por ejemplo, los 150.000 €)



## **7. Autorización del Consejo de Ministros.**

Los órganos de contratación de los departamentos ministeriales, organismos autónomos, Agencias Estatales y entidades de derecho público estatales, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, necesitarán la **autorización del Consejo de Ministros**, previa a la aprobación del expediente, para celebrar contratos en los siguientes supuestos:

a. Cuando el valor estimado del contrato, calculado conforme a lo señalado en el artículo 76, sea igual o superior a **doce millones de euros**.

b. En los contratos de carácter **plurianual** cuando se modifiquen los **porcentajes** o el número de **anualidades** legalmente previstos a los que se refiere el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

Este artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, señala que el número de ejercicios (anualidades) a que pueden aplicarse los gastos no será superior a **cuatro**. El gasto que se impute a cada uno de los ejercicios posteriores no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al crédito inicial a que corresponda la operación los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente, el **70%**, en el segundo ejercicio, el **60%**, y en los ejercicios tercero y cuarto, el **50%**.

Así, si, por ejemplo, el contrato tuviese tres anualidades, y la imputación del gasto por anualidad fuese del 15%, 65% y 20% (en total, 100%), se necesitaría autorización del Consejo de Ministros, ya que en el segundo año se supera el límite del 60%.

c. Cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de **arrendamiento financiero** (*leasing*) o mediante el sistema de **arrendamiento con opción de compra** y el número de anualidades supere **cuatro años**.

En todos estos casos, el órgano de contratación **no** es el Consejo de Ministros. Éste se limita a autorizar, en su caso.

## **7. Órganos de contratación en la Comunidad Autónoma de Galicia.**

En el ámbito de la **Xunta de Galicia**, el artículo 34.10 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su presidencia, establece que los **Conselleiros** son los competentes para

firmar en nombre de la Xunta los contratos relativos a asuntos propios de su Consellería.

Por su parte, el artículo 31.3.f) de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (LOFAXGA) señala que los **Delegados Territoriales** son competentes en su ámbito territorial para ser los órganos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia en sus respectivos ámbitos competenciales, dentro de los créditos presupuestarios que se les asignen y de acuerdo con los límites y requisitos generales que se fijen por decreto de la Xunta. En todo caso, serán los titulares de la competencia para la celebración de contratos menores.

El artículo 62 LOFAXGA, por su parte, señala que los estatutos de la **entidad pública instrumental** (organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales, y consorcios autonómicos) determinarán su órgano de contratación.

#### B) RESPONSABLE DEL CONTRATO.

Según el artículo 41 LCSP, los órganos de contratación podrán designar (su existencia no es obligatoria) un **responsable del contrato** al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.

En los contratos de **obras**, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo conforme con lo dispuesto en el Capítulo V (contrato de servicios) del Título II del Libro IV (efectos, cumplimiento y extinción de los contratos).

De hecho, en el contrato de obras no tiene mucho sentido la nueva figura del responsable del contrato, ya que el citado Director Facultativo de Obra viene de alguna manera a realizar esa función.

#### C) PERFIL DE CONTRATANTE.

##### **1. Página web del órgano de contratación.**

Con el **fin** de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de **otros medios** de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida

voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de **Internet**, su perfil de contratante (página web).

La **forma de acceso** al perfil de contratante deberá especificarse:

- En las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público.
- En la Plataforma de Contratación del Estado.
- En los pliegos.
- En los anuncios de licitación.

## **2. Contenido del perfil de contratante.**

### Contenido obligatorio

En el perfil de contratante deberá incluirse obligatoriamente:

- La **adjudicación** de los contratos (artículo 42.2 LCSP).
- Los **anuncios de licitación** (artículo 126.4 LCSP).
- La **formalización** de los contratos, salvo que sean menores, indicando como mínimo los mismos datos mencionados en el anuncio de la adjudicación (artículo 138.1 LCSP).

### Contenido opcional

El perfil de contratante podrá incluir **cualesquiera datos e informaciones** referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como:

- Los anuncios de información previa contemplados en el artículo 125.
- Las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas.
- Las contrataciones programadas.
- Los contratos adjudicados, los procedimientos anulados.
- Cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación.

## **3. Acreditación del inicio de la difusión pública.**

El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

## **4. Efectos de la publicación en el perfil de contratante.**

La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I (“adjudicación de los contratos”) del Libro III (artículos 122 a 177 LCSP)

## **2. EL CONTRATISTA: APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO.**

### **A) NORMAS GENERALES.**

#### **1. Condiciones de aptitud.**

De acuerdo con el artículo 43 LCSP, sólo podrán contratar con el sector público las **personas** naturales o jurídicas, españolas o extranjeras:

- Que tengan plena **capacidad de obrar** (capacidad legal para ejercer derechos y deberes, por lo que no tendrían esta capacidad los incapacitados, o las sociedades irregulares o en formación).
- **No** estén incurso en una **prohibición de contratar**.
- Acrediten su **solvencia** económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente **clasificadas**.
- Los empresarios deberán contar, asimismo, con la **habilitación empresarial o profesional** que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.
- En los contratos **subvencionados** a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a del apartado 1 del artículo 49.

La LCSP no entra en la exigencia o no de la **personalidad** (considerarse jurídicamente una “persona”), pero se sobreentiende, no pudiendo acceder a la contratación si se carece de este requisito, salvo que un precepto legal exceptúe expresamente su exigencia, como ocurre con las Uniones Temporales de Empresarios, que no tienen personalidad jurídica distinta de los empresarios que la forman (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa -JCCA- 4/1999, de 17 de marzo).

Por carecer de personalidad, carecen de aptitud para contratar las comunidades de bienes (Informe JCCA 12/2003, de 23 de julio) y las fundaciones no inscritas (Informe JCCA 54/1996, de 18 de octubre).

#### **2. Empresas no comunitarias.**

Principio de reciprocidad, y su excepción.

Las personas físicas o jurídicas de Estados **no** pertenecientes a la **Unión Europea** deberán justificar mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera **admite a su vez la participación de empresas españolas** (principio de reciprocidad) en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en forma sustancialmente análoga (artículo 44 LCSP).

En los **contratos sujetos a regulación armonizada** se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del **Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio**, que entró en vigor el 1 de enero de 1996.

#### Contratos de obras

Para celebrar contratos de **obras** será necesario, **además**:

- Que estas empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones.
- Que estén inscritas en el Registro Mercantil.

### **3. Condiciones especiales de compatibilidad.**

Elaboradores de especificaciones técnicas o documentos preparatorios del contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que **hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato** siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras (45.1 LCSP).

Esta previsión supone una **prohibición para contratar** para estas empresas, que subsistirá mientras las licitaciones se realicen utilizando esas especificaciones técnicas o documentos preparatorios.

Al no aparecer en el artículo 32 LCSP (causas de nulidad), hay que entender que la infracción de esta prohibición de contratar sólo provoca la **anulabilidad** del contrato (no su nulidad).

#### Dirección de obras.

Los contratos que tengan por objeto la **vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones** no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio (artículo 45.2 LCSP).

## B) NORMAS ESPECIALES SOBRE CAPACIDAD.

### 1. Personas jurídicas.

#### Fines, objeto o ámbito propios.

Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas **dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad** que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean **propios** (artículo 46.1 LCSP).

Así, por ejemplo, una fundación cuya finalidad consiste en la promoción de actividades deportivas no puede concurrir a un contrato que tiene por objeto los servicios de conserjería y bar-cafetería (Informe JCCA 54/1996, de 18 de octubre).

#### Compromiso de constitución de una sociedad.

Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el **compromiso de constituir una sociedad** que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada,...) deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica (artículo 46.2 LCSP).

### 2. Empresas comunitarias.

Tendrán capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, las **empresas no españolas de Estados miembros** de la Unión Europea que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate.

Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una **autorización especial** (como la inscripción en un registro) o la **pertenencia a una determinada organización** (como un colegio profesional) para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito.

### **3. Uniones de Empresarios (UTES).**

#### Formalización en escritura pública tras la adjudicación.

Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en **escritura pública** hasta que se haya efectuado la **adjudicación** del contrato a su favor (artículo 48.1 LCSP).

Se trata de una **asociación empresarial voluntaria**, que como se indicó, **carece de personalidad jurídica** distinta a la de los empresarios que la forman.

El Tribunal Supremo ha señalado que **no** cabe que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares **se excluya** la formulación de propuestas de UTES, ya que, pese a carecer de personalidad jurídica, su capacidad para participar en contrataciones públicas deriva de la propia Ley (STS de 16 de noviembre de 1993).

Tampoco cabría que los pliegos exigieran a los licitadores que se constituyeran en UTE para poder concurrir a las licitaciones.

#### Responsabilidad solidaria.

Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán **obligados solidariamente** (cada uno de los miembros responde íntegramente de las deudas de la UTE, sin perjuicio de poder repercutir el tanto por ciento correspondiente de lo pagado a los otros miembro de la unión) y deberán nombrar un **representante o apoderado único** de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados (debiendo ponerse de acuerdo todos los miembros) que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

#### Contenido del escrito de constitución.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar:

- Los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno,
- Que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

#### Duración de la UTE.



La duración de las uniones temporales de empresarios será **coincidente con la del contrato hasta su extinción**.

#### Requisitos de clasificación de las UTEs

Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su **clasificación**, y estos últimos su **solvencia** económica, financiera y técnica o profesional.

Basta con que uno de los miembros de la UTE carezca de clasificación/solvencia exigida para que concorra un vicio de **nulidad de pleno derecho** (Informe JCCA 29/2002, de 23 de octubre).

#### C) PROHIBICIONES DE CONTRATAR.

Si una persona, física o jurídica, incurre en prohibición para contratar, queda incapacitada para ser adjudicataria, y si a pesar de esta incapacidad, es contratado, el contrato se considera **nulo de pleno derecho** (Dictamen del Consejo de Estado 2717/2000, de 4 de octubre).

#### **1. Prohibiciones de contratar con el sector público.**

Según el artículo 49.1 LCSP, no podrán contratar con el **sector público** las personas en quienes concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Haber sido **condenadas** mediante **sentencia firme** por **delitos** de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

La condena por sentencia firme por estos delitos es una prohibición de contratar, no una causa de resolución, por lo que si el contrato ya está formalizado (ya está “perfeccionado” y por lo tanto “ya



existe”), la sentencia firme posterior no resuelve el contrato. Simplemente impedirá adjudicaciones futuras (Informe JCCA 6/1999).

b. Haber solicitado la declaración de **concurso** (lo que antes de 2003 se denominaba quiebra y suspensión de pagos) **voluntario**, haber sido declaradas **insolventes** en cualquier procedimiento (por ejemplo, sancionador), hallarse **declaradas en concurso**, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a **intervención judicial** o haber sido **inhabilitados** conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c. Haber sido **sancionadas** con carácter **firmes** por **infracción grave** en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por **infracción muy grave** en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación

La “firmeza” de la sanción ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional, sin que pueda apreciarse la prohibición cuando la sanción impuesta sea firme sólo en vía administrativa, y no en vía judicial (Informe JCCA 17/2002, de 18 de abril).

d. No hallarse al corriente en el cumplimiento de las **obligaciones tributarias** o de **Seguridad Social** impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.

e. Haber incurrido en **falsedad** al efectuar la **declaración responsable** a que se refiere el artículo **130.1.c** (declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar) o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su **capacidad** y **solvencia**, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de **comunicar la información** prevista en el artículo **59.4** (cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para conceder la clasificación que pueda

dar lugar a una revisión de la misma) y en el artículo **305** (poner en conocimiento del Registro cualquier variación que se produzca en los datos reflejados en el mismo, así como la superveniencia de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de contratar).

f. Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los **conflictos de intereses** de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de **incompatibilidades** del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del **Régimen Electoral General**, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las **personas jurídicas** en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los **cónyuges**, personas vinculadas con **análoga relación de convivencia afectiva y descendientes** de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

La mayor aplicación de esta prohibición tiene lugar en el ámbito de las entidades locales (más de 8.000 en España), ya que la incompatibilidad alcanza a sus funcionarios, incluidos los policías locales y sus cónyuges (Informe JCCA 45/2001, de 30 de enero). Lo mismo sucede con los concejales y sus cónyuges, y debe extenderse a las sociedades de las que el concejal o el cónyuge sean administradores únicos (Informe JCCA 48/2005, de 24 de marzo).

La incompatibilidad nunca alcanza a los hermanos. Con respecto a los hijos, nietos y demás descendientes, sólo se extiende a los mismos cuando la persona en la que concurre la causa de prohibición o incompatibilidad (cargo político o funcionario), ostente su representación legal, lo que no sucede si el hijo es mayor de edad, emancipado y con patrimonio propio, sin que la representación legal pueda derivarse de la circunstancia de que el hijo conviva con el cargo político o funcionario (Informe JCCA 53/2005, de 19 de diciembre).

Las incompatibilidades no pueden interpretarse de forma extensiva, por tratarse de normas restrictivas de derechos (Informe JCCA 48/2005, de 19 de diciembre).

g. Haber **contratado** a personas respecto de las que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los **miembros del Gobierno** y de los **altos cargos** de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante **los dos años siguientes** a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

## **2. Prohibiciones complementarias con una Administraciones Pública.**

Según el artículo 49.2 LCSP, **además** de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las **Administraciones Públicas** las siguientes:

a. Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la **resolución firme de cualquier contrato** celebrado con una Administración Pública.

b. Haber **infringido** una **prohibición para contratar** con cualquiera de las Administraciones públicas.

c. Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de **sanción administrativa**, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de **Subvenciones**, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General **Tributaria**.

d. Haber **retirado indebidamente su proposición o candidatura** en un procedimiento de adjudicación, o haber **imposibilitado la adjudicación** del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.2 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

e. Haber incumplido las **condiciones especiales de ejecución** del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

## **3. Continuación, transformación, fusión o sucesión de empresas que incurran en prohibición de contratar.**

Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son **continuación** o que derivan, por **transformación, fusión** o **sucesión**, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

#### D) SOLVENCIA.

##### **1. Exigencia de solvencia.**

Según el artículo 51 LCSP, para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de **solvencia** económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

Este requisito será sustituido por el de la **clasificación**, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el **anuncio de licitación** y se especificarán en el **pliego** del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

##### **2. Diferencia entre solvencia y los criterios de adjudicación del contrato.**

La JCCA ha hecho hincapié en la necesidad de distinguir estos dos conceptos (Informes JCCA 33/1999, de 30 de junio, y 36/2001, de 9 de enero):

- Los requisitos de **solvencia** (cantidad de trabajadores, maquinaria,...) deben estar dirigidos a verificar la aptitud del empresario para ejecutar el contrato y determinar su admisión o exclusión como licitador.

- Los **criterios de adjudicación** del contrato (precio de la oferta, plazos de ejecución,...) deben permitir valorar objetivamente la mejor oferta de las presentadas.

La necesidad de la distinción proviene de que los requisitos de solvencia no pueden usarse como criterios de adjudicación, y viceversa.

##### **3. Excepciones a la exigencia de solvencia.**

La DA 10ª LCSP establece que las Agencias Estatales, los Organismos Públicos de Investigación y organismos similares de las Comunidades Autónomas no necesitarán estar clasificados ni acreditar su solvencia

económica y financiera y la solvencia técnica para ser adjudicatarios de contratos del sector público.

A esta excepción a la exigencia de solvencia se le suman las excepciones a la exigencia de clasificación que se verá más adelante.

#### **4. Integración de la solvencia con medios externos.**

El artículo 52 LCSP señala que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la **solvencia y medios de otras entidades**, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas (por ejemplo un contrato mercantil), siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

#### **5. Concreción de las condiciones de solvencia.**

##### Personal responsable de ejecutar la prestación.

En los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los **nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación** (artículo 53.1 LCSP).

##### Compromiso de adscripción de medios.

Señala el artículo 53.2 LCSP que los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, **se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes** para ello (ya que podría ser que una empresa, por ejemplo de obras, con muchos trabajadores y mucha maquinaria, los tuviese ya comprometidos en otras obras, con lo que a la hora de la verdad, no tendría tantos medios para poder ejecutar el nuevo contrato al que opta).

Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de **obligaciones esenciales** a los efectos previstos en el artículo 206.g (causa de resolución del contrato; se refiere a la letra f del artículo 206, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 2/2011), o establecer **penalidades**, conforme a lo señalado en el artículo 196.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario (artículo 53.2 LCSP).

#### **E) CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS.**

Las personas que consigan acreditar ante la JCCA su solvencia económica y financiera y técnica o profesional para la realización de cierto tipo de contrato, podrán obtener la “clasificación” para ese tipo de contrato, pudiendo concurrir a los procedimientos en los que el requisito de clasificación previa sea exigido, y sin necesidad de demostrar para el caso concreto que son solventes, pues si están “clasificadas” se entiende que son solventes.

En los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede requerir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a esas justificaciones (Informe JCCA 48/1996, de 22 de julio).

## **1. Exigencia de clasificación.**

### Principio general

Será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de:

- Contratos de **obras** de importe igual o superior a 350.000 euros.
- Contratos de **servicios** por presupuesto igual o superior a 120.000 euros.

La clasificación será exigible igualmente al **cesionario** de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente.

### Excepciones

En relación con el **objeto** del contrato, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las siguientes categorías el Anexo II:

- Categoría 6: Servicios financiero: servicios de seguros, servicios bancarios y de inversiones (los bancos o las compañías de seguro no necesitan estar clasificadas; su propia normativa ya trata de asegurar su solvencia).
- Categoría 8: Servicios de investigación y desarrollo.
- Categoría 21: Servicios jurídicos (los abogados, por ejemplo, no tienen que clasificarse).
- Categoría 26: Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos (como la organización de una exposición).

- Categoría 27: Otros servicios no recogidos en las categorías anteriores del Anexo II.

Por **Real Decreto** podrá exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible o acordar su exigencia para tipos de contratos de obras y servicios en los que no lo sea, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos.

En relación al **sujeto**, las excepciones son las siguientes:

- No será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la **Unión Europea**, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia (artículo 55.1 LCSP).

- Excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación de la Administración General del Estado y los entes organismos y entidades de ella dependientes con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el **Consejo de Ministros**, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la autorización será otorgada por los órganos que éstas designen como competentes (artículo 55.2 LCSP).

- No será exigible la clasificación a las **Universidades Públicas** para ser adjudicatarias de contratos en los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades -contratos con grupos de investigación reconocidos y su profesorado- (DA 9ª LCSP).

- Las **Agencias Estatales**, los **Organismos Públicos de Investigación** y organismos similares de las Comunidades Autónomas no necesitarán estar clasificados ni acreditar su solvencia económica y financiera y la solvencia técnica para ser adjudicatarios de contratos del sector público (DA 10ª LCSP).

- Las **entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública** podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato, lo que viene a significar que en estos casos la LCSP **no obliga** a estas entidades a exigir la clasificación a los licitadores.

Además de estos supuestos, cuando **no haya concurrido ninguna empresa clasificada** en un procedimiento de adjudicación de un contrato para el que se requiera clasificación, el órgano de contratación **podrá**



**excluir** la necesidad de cumplir este requisito en el siguiente procedimiento que se convoque para la adjudicación del mismo contrato, precisando en el pliego de cláusulas y en el anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados de entre los especificados en los artículos 64, 65 y 67 (artículo 54.4 LCSP).

## **2. Exigencia de determinada habilitación o autorización profesional.**

De acuerdo con el artículo 54.1.párrafo 2º LCSP, en el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional (por ejemplo, para la recogida de residuos radioactivos), la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de **subcontratar** la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del **50 %** del precio del contrato (es decir, si el contrato de recogida de residuos tiene un importe de adjudicación -precio del contrato- de 10 millones de euros, el importe de la parte de residuos radioactivos subcontratada no podrá superar los 5 millones de euros).

## **3. Criterios aplicables y condiciones para la clasificación.**

### Criterios

La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a lo establecido en los **artículos 64, 65 y 67**, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A estos efectos, los contratos se dividirán en **grupos generales** (como los de “movimientos de tierras y perforaciones” o “edificaciones”, en el contrato de obras) y **subgrupos** (como los de “demoliciones” o “estructuras metálicas”, dentro del grupo de las “edificaciones”), por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por **categorías**, en función de su cuantía (por ejemplo, en el contrato de servicios, hay cuatro categorías: A -anualidad media inferior a 150.000 €-, B -igual o superior a 150.000 € e inferior a 300.000 €, C -igual o superior a 300.000 € e inferior a 600.000-€, y D -igual o superior a 600.000 €-).

La expresión de la cuantía se efectuará:

- Por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y
- Por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.



### Condiciones

Para proceder a la clasificación será necesario:

- Que el empresario acredite su **personalidad y capacidad de obrar**.
- Que se encuentra **legalmente habilitado** para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios.
- Que **no** está incurso en **prohibiciones de contratar**.

### Grupo de sociedades.

En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al **grupo**, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 59.2, los **medios** de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

Continuación, transformación, fusión o sucesión de empresas que incurran en prohibición de contratar.

**Se denegará** la clasificación de aquellas empresas de las que, a la vista de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras afectadas por una prohibición de contratar.

### UTES

A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurran agrupados en el caso del artículo 48, se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características **acumuladas** de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido **previamente la clasificación** como empresa de obras o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea en el apartado 4 del artículo 48.

## **4. Competencia para la clasificación.**

Las Comisiones Clasificadoras de la JCCA.

Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se adoptarán, con eficacia general frente a todos los órganos de contratación, por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Estos acuerdos podrán ser objeto de recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda (artículo 57.1 LCSP).

#### La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

De acuerdo con el artículo 57.2 LCSP, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que los haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras. En la adopción de estos acuerdos, deberán respetarse, en todo caso, las reglas y criterios establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de **Galicia**, el Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, vino a crear la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia**, cuyo artículo 2.4 le atribuye competencias para “acordar la clasificación y revisión de la clasificación para los contratos que celebren los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos autónomos y demás entidades públicas señaladas en el apartado anterior”, en los términos establecidos en la LCSP.

### **5. Inscripción registral de la clasificación.**

Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda en función del órgano que los hubiese adoptado (artículo 58 LCSP).

### **6. Plazo de vigencia y revisión de las clasificaciones.**

#### Principio general: vigencia indefinida.

La clasificación de las empresas tendrá una vigencia **indefinida** en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión.

#### Conservación de la clasificación.

No obstante, y sin perjuicio de la posibilidad de revisión o comprobación de los elementos de la clasificación, para la conservación de la clasificación deberá justificarse:

- **Anualmente**, el mantenimiento de la **solvencia económica y financiera**.

- Cada **tres años**, el de la **solvencia técnica y profesional**.

A estos efectos, el empresario aportará la correspondiente documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente.

#### Revisión de la clasificación.

La clasificación será revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto **varíen las circunstancias** tomadas en consideración para concederla.

#### Notificación de variaciones.

En todo caso, el empresario está **obligado a poner en conocimiento** del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma. La omisión de esta comunicación hará incurrir al empresario, tal como se vio, en la prohibición de contratar prevista en la letra e del apartado 1 del artículo 49.

### **7. Comprobación de los elementos de la clasificación.**

Los órganos competentes en materia de clasificación podrán solicitar en cualquier momento de las empresas clasificadas o pendientes de clasificación los documentos que estimen necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados por las mismas en los expedientes que tramiten, así como pedir informe a cualquier órgano de las Administraciones públicas sobre estos extremos (artículo 60 LCSP).

## **II. REGISTROS DE CONTRATOS Y CONTRATISTAS.**

### **1. REGISTROS DE CONTRATISTAS**

A) EL REGISTRO OFICIAL DE LICITADORES Y EMPRESAS CLASIFICADAS DEL ESTADO.

La LCSP ha creado el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que supone la unión en un solo registro del antiguo Registro Oficial de Empresas Clasificadas y de los registros de licitadores, de acuerdo con el principio de simplificación administrativa.

#### **1. Dependencia y llevanza**

El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado dependerá del Ministerio de Economía y Hacienda, y su llevanza corresponderá a los órganos de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

## **2. Contenido.**

En el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado se harán constar los datos relativos a la **capacidad** de los empresarios que hayan sido **clasificados** por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como aquéllos otros que hayan solicitado la inscripción de alguno de los datos mencionados en las letras **a)** a **d)** del apartado **1** del artículo **303** (artículo 301.2 LCSP).

En todo caso, se harán constar en el Registro las **prohibiciones de contratar** a que se refiere el artículo 50.4 LCSP, es decir, las del artículo 49.1.a (delitos), 49.1.c (sanciones graves en ciertas materias), 49.1.e (falsedad e incumplimiento de comunicación de datos), y todas las del 49.2, específicas de la contratación con AAPP.

De acuerdo con el artículo 303.1 LCSP, en el Registro podrán constar, para cada empresa inscrita en el mismo, los siguientes datos:

- a. Los correspondientes a su **personalidad y capacidad de obrar**, en el caso de **personas jurídicas**.
- b. Los relativos a la extensión de las facultades de los **representantes o apoderados** con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente.
- c. Los referentes a las **autorizaciones o habilitaciones profesionales** y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad.
- d. Los datos relativos a la **solvencia económica y financiera**, que se reflejarán de forma independiente si el empresario carece de clasificación.
- e. La **clasificación** obtenida conforme a lo dispuesto en los artículos 54 a 60, así como cuantas incidencias se produzcan durante su vigencia; en esta inscripción, y como elemento desagregado de la clasificación, se indicará la solvencia económica y financiera del empresario.
- f. Las **prohibiciones de contratar** que les afecten.
- g. Cualesquiera **otros** datos de interés para la contratación pública que se determinen reglamentariamente.

## **3. Voluntariedad de la inscripción.**

Sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la necesidad de inscribir la **clasificación** obtenida y las **prohibiciones de contratar** referenciadas en el artículo **50.4**, la inscripción en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas es **voluntaria** para los empresarios, los cuales podrán determinar qué datos de entre los mencionados en el artículo anterior desean que se reflejen en ellos.

No obstante, la inscripción de la **clasificación** obtenida por el empresario requerirá la constancia en el Registro de las circunstancias mencionadas en las letras **a** (personalidad y capacidad de obrar) y **c** (habilitaciones profesionales) del artículo 303. De igual modo, la inscripción de los datos a que se refieren las letras **b** (representantes o apoderados), **c** (habilitaciones profesionales) y **d** (solvencia económica u financiera) no podrá hacerse sin que consten los que afectan a la personalidad y capacidad de obrar del empresario.

#### **4. Responsabilidad del empresario en relación con la actualización e la información registral.**

Los empresarios inscritos están **obligados** a poner en conocimiento del Registro

- Cualquier **variación** que se produzca en los datos reflejados en el mismo,
- La **superveniencia** de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de contratar.

La omisión de esta comunicación, mediando dolo, culpa o negligencia, hará incurrir al empresario en la circunstancia prevista en la letra e del apartado 1 del artículo 49.

#### **5. Publicidad del registro.**

El Registro será público para todos los que tengan **interés legítimo** en conocer su contenido. El acceso al mismo se regirá por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en las normas que desarrollen o complementen este precepto (artículo 306 LCSP).

La STS de 23 de abril de 2005 ha señalado que el concepto de interés legítimo es mucho más amplio que el de interés personal y directo, y es propio de aquellas personas que, por la situación jurídica en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto de los demás ciudadanos o administrados.

#### **6. Colaboración entre registros.**

El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y los Registros Oficiales de Empresas Clasificadas de las Comunidades Autónomas, en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas, facilitarán a las otras Administraciones la información que éstas precisen sobre el contenido de los respectivos Registros (artículo 307 LCSP).

## **B) EL REGISTRO GENERAL DE CONTRATISTAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.**

El artículo 302 LCSP señala que las **Comunidades Autónomas** podrán crear sus propios Registros Oficiales de licitadores y empresas clasificadas, en los que se inscribirán las condiciones de aptitud de:

- Los empresarios que así lo soliciten.
- Los empresarios que hayan sido clasificados por ellas.
- Los empresarios que hayan incurrido en alguna prohibición de contratar cuya declaración corresponda a las mismas o a las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial.

En la Comunidad Autónoma de **Galicia**, el Decreto 262/2001, de 20 de septiembre, por el que se refunde la normativa reguladora del **Registro General de Contratistas** (<http://www.conselleriadefacenda.es/web/portal/guia-rexistro-contratistas>) perfila a este registro como un instrumento auxiliar de la contratación administrativa, con el objeto de facilitar la concurrencia de licitadores y agilizar la tramitación de los procedimientos de contratación pública.

Este Registro General de Contratistas depende de la **Secretaría General y del Patrimonio** de la Consellería de Hacienda, tal como indica el Decreto 307/2009, de 28 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de esta Consellería.

En el registro **podrán inscribirse** todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que pretendan concurrir a las licitaciones que convoque la Administración autonómica a través de sus consellerías, organismos, entidades y empresas, referidas a contratos de obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y, en general, cualquier otros de naturaleza administrativa de conformidad con lo establecido en la legislación de contratos.

La inscripción en el registro es **voluntaria**, por lo que no impedirá concurrir a las licitaciones, adjuntando todos los documentos exigidos en los pliegos de cláusulas que rijan la contratación, a los contratistas no inscritos. No obstante, la inscripción será **obligatoria** para los contratistas que deseen acogerse al régimen de fianzas (garantías) globales.

## **2. REGISTROS DE CONTRATOS.**

## A) REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

### 1. Sustitución del Registro Público de Contratos.

El artículo 308 LCSP viene a crear el Registro de Contratos del Sector Público, que sustituye al Registro Público de Contratos que regulaba la LCAP. El nuevo registro tiene una extensión subjetiva y objetiva más amplia que el anterior, y su creación se corresponde con el cumplimiento de exigencias de la normativa comunitaria.

### 2. Órgano competente para su creación y función.

El órgano competente para su creación y mantenimiento es el Ministerio de Economía y Hacienda, y el registro constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España.

### 3. Contenido.

Los órganos de contratación de **todas las Administraciones públicas y demás entidades** incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley comunicarán, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción:

- Los datos básicos de los contratos adjudicados.
- Sus modificaciones.
- Sus prórrogas.
- Sus variaciones de plazos o de precio.
- Su importe final.
- Su extinción.

En la tramitación parlamentaria de este artículo 308.3 LCSP se borró la excepción de los contratos de importe inferior a 18.000 €, lo que refleja el deseo del legislador de incluir en el Registro absolutamente todos los contratos celebrados por el sector público.

### 4. Acceso

El Registro de Contratos del Sector Público facilitará el acceso a sus datos de modo telemático a los **órganos de la Administración** que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, y en particular a los órganos competentes en materia de **fiscalización del gasto o inspección de tributos**, en la forma en que reglamentariamente se determine.

Asimismo, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el **acceso público** a los



datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de INTERNET.

B) REGISTRO DE CONTRATOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.

El Decreto autonómico 198/1995, de 16 de marzo, crea el **Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia**, adscrito a la Secretaría General y del Patrimonio de la Consellería de Economía y Hacienda.

Este registro tiene por objeto la inscripción de todos los contratos administrativos, así como la anotación de las incidencias que origine su cumplimiento, celebrados por la Administración de la Comunidad Autónoma, y por sus organismos autónomos y sociedades públicas autonómicas.

### **III. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA.**

#### **1. NORMAS GENERALES.**

A) OBJETO DEL CONTRATO.

##### **1. Objeto determinado.**

El objeto de los contratos del sector público deberá ser **determinado**, según el artículo 74.1 LCSP.

El artículo 1262 del Código Civil exige que el objeto de los contratos sea posible, lícito y determinado, lo que también es aplicable al ámbito administrativo.

##### **2. Fraccionamiento fraudulento.**

No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad (publicidad comunitaria, por ejemplo, en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada) o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (los contratos de servicios, por ejemplo, pueden tramitarse por procedimiento negociado –en vez de abierto o restringido– si su valor estimado es inferior a 100.000 €).

En la medida en que las garantías jurídicas disminuyen según menor sea el presupuesto del contrato, esta previsión del artículo 74.2 LCSP intenta evitar comportamientos fraudulentos, por parte de los órganos de contratación, que permitan aumentar la discrecionalidad de las adjudicaciones.



### **3. División en lotes.**

Indica el primer párrafo el artículo 74.3 LCSP que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en **lotes**, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Sería el caso, por ejemplo, de contratos de limpieza en edificios distintos: Cada uno de los edificios podría dar lugar a un lote distinto.

Continúa el artículo 74.3 LCSP señalando que, asimismo, podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una **obra**, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada (como un túnel, por ejemplo, con respecto a una carretera), por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del **valor acumulado** del conjunto (con lo que si estuviéramos ante tres lotes de tres millones de euros cada uno, el valor acumulado sería de nueve millones de euros, y estaríamos ante un contrato sujeto a regulación armonizada), salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2, ya examinadas en el tema anterior.

#### **B) PRECIO.**

##### **1. La certeza del precio.**

De acuerdo con el artículo 75.1 LCSP, “en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un **precio cierto** que deberá expresarse en **euros**, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones (como el caso de la recogida de los antiguos ordenadores al suministrar otros nuevos) en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea **adecuado** para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de **mercado**, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

##### **2. Precios unitarios y a tanto alzado.**

Como señala el artículo 75.2 LCSP, “el precio del contrato podrá formularse tanto en términos de **precios unitarios** referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten (se refiere al precio por metro cuadrado, o por kilos, por unidades, etc...), como en términos de **precios aplicables a tanto alzado** a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato (se refiere a precios globales, no referidos a cada uno de los componentes o unidades de medida del contrato). En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”.

### **3. Cláusulas de variación de precios y penalizaciones.**

Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir:

- Cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento.
- Penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales.

Debe determinarse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación (artículo 75.4 LCSP).

### **4. Precios provisionales.**

Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento **negociado** o de un **diálogo competitivo**, se ponga de manifiesto alguna de estas dos circunstancias:

- Que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva.
- Que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales el precio **se determinará**, dentro de los límites fijados para el **precio máximo**, en función de:

- Los **costes** en que realmente incurra el contratista, y
- El **beneficio** que se haya acordado.

### **5. Moneda distinta del euro.**

En los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa (dólares, por ejemplo) el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato.

## **6. Prohibición del pago aplazado.**

Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero (*leasing*) o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que esta u otra Ley lo autorice expresamente (artículo 75.7 LCSP).

La prohibición del pago aplazado se justifica en la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento y, a la vez, asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario (Informe JCCA 46/1996, de 22 de julio).

### **C) CÁLCULO DEL VALOR ESTIMADO DE LOS CONTRATOS**

#### **1. Importe total, IVA excluido.**

Según el artículo 76.1 LCSP, a todos los efectos previstos en la LCSP, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el **importe total**, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de **opción eventual** (como el arrendamiento financiero) y las eventuales **prórrogas** del contrato.

Cuando se haya previsto abonar **primas** o efectuar **pagos** a los candidatos o licitadores (como podría suceder en el diálogo competitivo), la cuantía de los mismos se tendrá en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato.

En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ter LCSP, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea **modificado**, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.

#### **2. Precios de mercado.**

La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado

### **3. Momento de la estimación.**

La estimación deberá estar referida:

- Al momento del **envío del anuncio** de licitación.
- En caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación **inicie el procedimiento de adjudicación** del contrato.

### **4. Reglas especiales.**

Los apartados 3 a 8 del artículo 76 LCSP establecen reglas especiales de valoración para los contratos de:

- Obras y concesión de obras públicas (76.3).
- Suministros que tengan por objeto el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos (76.4)
- Suministro o servicios que tengan un carácter de periodicidad, o contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado (76.5).
- Servicios (76.6).
- Lotes (76.7).
- Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición (76.8).

## **2. REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

### **A) PRECIO CIERTO Y PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA.**

#### **1. Precio cierto.**

El artículo 75.1 LCSP señala que el precio es cierto, pero ello no significa que el precio sea “fijo”, y que deba mantenerse invariable en todo momento sin posibilidad de variación alguna.

#### **2. Principio de riesgo y ventura.**

De acuerdo con el artículo 199 LCSP, “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista...”. Este principio viene a establecer la **obligación del contratista de asumir el resultado económico del contrato**, de tal manera que si, por ejemplo, una mala elección de trabajadores provoca retrasos injustificados, o si en su oferta redujo tanto el precio que al final el contrato no le reporta beneficios (o incluso le acarrea pérdidas), no podrá exigir por ello indemnización alguna a la Administración, la cuál no garantiza en ningún modo un beneficio económico para el contratista.

No respetar este principio supondría un fraude a las garantías presentes en la fase de adjudicación del contrato, iría en contra de la seguridad jurídica, y ocasionaría una lesión notable de los intereses de la Hacienda Pública, por lo que cualquier excepción debe estar muy justificada.

Dentro de esas excepciones justificadas nos encontramos todas las **técnicas de mantenimiento del equilibrio económico del contrato** previstas en la LCSP: la obligación de indemnizar al contratista por el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, el *factum principis*, la teoría del riesgo impredecible, la fuerza mayor, las cláusulas de reparto de riesgo en los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, y la **revisión de precios**, que pasamos a analizar.

#### B) ORIGEN Y REGULACIÓN ACTUAL DE LA REVISIÓN DE PRECIOS.

La revisión de precios fue regulada por primera vez en España a través del Real Decreto de 31 de marzo de 1917 (“Decreto Alba”), por la subida extraordinaria del precio de los materiales de construcción provocada por la Primera Guerra Mundial.

Actualmente se recoge en el Capítulo II (“revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas”) del Título III (“objeto, precio y cuantía del contrato”) del Libro I (“configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”) LCSP (artículos 77 a 82).

#### C) PROCEDENCIA DE LA REVISIÓN DE PRECIOS.

Según el artículo 77.1 LCSP, la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en el citado Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste **se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 % de su importe** y hubiese transcurrido **un año** desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 % ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de **gestión de servicios públicos**, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 % de la prestación.

#### D) LÍMITES.

La revisión de precios **no** tendrá lugar:

- En los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de **arrendamiento financiero** o de **arrendamiento con opción a compra**,

- En los **contratos menores**.

En el **resto de contratos**, tampoco tendrá lugar:

- Cuando así se establezca expresamente en los **pliegos**.

- Cuando así se hubiese pactado en el **contrato**.

- Cuando el órgano de contratación la excluya en **resolución motivada**.

#### E) SISTEMA DE REVISIÓN DE PRECIOS.

Cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de **índices oficiales** o de la **fórmula** aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos.

El **órgano de contratación** determinará el que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. Las fórmulas aprobadas por el Consejo de Ministros excluirán la posibilidad de utilizar otros índices; si, debido a la configuración del contrato, pudiese ser aplicable más de una fórmula, el órgano de contratación determinará la más adecuada, de acuerdo con los criterios indicados.

Cuando el índice de referencia que se adopte sea el **Índice de Precios al Consumo** (IPC) elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o cualquiera de los índices de los grupos, subgrupos, clases o subclases que en él se integran, la revisión no podrá superar el 85 % de variación experimentada por el índice adoptado (artículo 78 LCSP).

De esta manera, si, por ejemplo, el IPC fuera del 10%, la revisión no podría superar el 8,5%. Si tuviéramos una cuantía inicial de 1.000 € y la quisiéramos revisar, multiplicaríamos los 1.000 € por 1,085 y nos daría una cantidad total de 1.085 €.

Éste es el modo de revisión **más utilizado** en los contratos de la **Xunta**.

#### F) FÓRMULAS.

##### 1. Inclusión en el pliego o en el contrato.

El artículo 77.3 LCSP señala que el **pliego de cláusulas administrativas particulares** o el **contrato** deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable.

## **2. Elementos reflejados.**

El 79.1 LCSP indica que las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los **materiales básicos** (como los materiales siderúrgicos en una obra) y de la **energía** incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

**No** se incluirán en ellas:

- El coste de la mano de obra.
- Los costes financieros.
- Los gastos generales o de estructura.
- El beneficio industrial.

## **3. Invariabilidad del índice o fórmula.**

Salvo en el caso de desviaciones al alza impredecibles, el índice o fórmula de revisión aplicable al contrato será **invariable** durante la vigencia del mismo.

## **4. Momento de referencia para la actualización.**

El índice o fórmula de revisión determinará la revisión de precios en cada fecha (momento actual de que se trate):

- Respecto a la fecha de **adjudicación** del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de **presentación de ofertas**.

- Respecto a la fecha en que termine dicho plazo de **tres meses** si la adjudicación se produce con posterioridad.

De acuerdo con esto, si el 10 de febrero termina el plazo de presentación de ofertas y la adjudicación tiene lugar, por ejemplo, el 10 de marzo, habrá que estar al precio del correspondiente elemento de la fórmula o al índice de ese 10 de marzo (fecha de adjudicación), ya que la adjudicación se produce en el plazo de tres meses desde el fin del plazo de presentación de ofertas.

Sin embargo, si el 10 de febrero termina el plazo de presentación de oferta y la adjudicación no se produce hasta, por ejemplo, el 10 de julio (cinco meses más tarde), habrá que estar al precio del correspondiente elemento de la fórmula o al índice del 10 de mayo (tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas).

## 5. Índices mensuales de precios.

La **Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos** aprobará los índices mensuales de precios de los materiales básicos y de la energía, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, debiendo ser publicados los mismos en el Boletín Oficial del Estado.

Los **índices** reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas.

### G) COEFICIENTE DE REVISIÓN.

El coeficiente de revisión es un **multiplicador**, derivado de las fórmulas y los índices de precios, que se aplicará a los importes líquidos (cuantías) de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer.

Generalmente el coeficiente de revisión es superior a la unidad (1), en la medida en que los precios suelen subir, a causa de la inflación. Si, por ejemplo, la cuantía a actualizar es de 1.000 €, y el coeficiente de revisión es de 1,1, el resultado de aplicar el coeficiente sería 1.100 €, con lo que el importe quedaría actualizado.

### H) REVISIÓN EN CASOS DE DEMORA EN LA EJECUCIÓN.

Cuando la cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tiempo en los que el contratista hubiese incurrido en **mora** y sin perjuicio de las penalidades que fueren procedentes, los índices de precios que habrán de ser tenidos en cuenta serán aquéllos que hubiesen correspondido a las **fechas establecidas en el contrato para la realización de la prestación en plazo**, salvo que los correspondientes al período real de ejecución produzcan un coeficiente inferior (lo cual no es muy frecuente, pues los precios tienden a subir, no a bajar, con el paso del tiempo), en cuyo caso se aplicarán estos últimos (artículo 81 LCSP).

### I) PAGO DEL IMPORTE DE LA REVISIÓN.

El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las **certificaciones o pagos parciales** (por ejemplo, cada mes) o, excepcionalmente, cuando no hayan podido incluirse en las certificaciones o pagos parciales, en la **liquidación del contrato** (al zanjar las cuentas con el contratista).



## **IV. GARANTÍAS EXIGIBLES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

### **1. DIFERENCIA ENTRE SOLVENCIA/CLASIFICACIÓN Y GARANTÍAS.**

La principal diferencia radica en que, mientras que la **solventía** y la **clasificación** tratan de garantizar que el contratista tiene medios y experiencia suficientes para ejecutar el contrato, las **garantías** tratan de asegurar la seriedad de la oferta presentada por el contratista y el cumplimiento de los términos del contrato, bajo pena de pérdida de dicha garantía.

### **2. GARANTÍAS A PRESTAR EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

#### **A) GARANTÍA PROVISIONAL.**

#### **1. Garantía opcional para el órgano de contratación, pero obligatoria, en su caso, para los contratistas.**

De acuerdo con el artículo 91.1 LCSP, los órganos de contratación “podrán exigir” una garantía provisional en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato.

Esto significa que la LCSP no obliga al órgano de contratación a exigir una garantía a los licitadores que opten a la adjudicación del contrato, pero en caso de que decida exigirla, los licitadores deberán constituirla obligatoriamente para poder participar en la licitación.

Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato.

#### **2. Cobertura de la garantía.**

La garantía provisional que constituyan, en su caso, los licitadores responderá:

- Del **mantenimiento** de sus ofertas (y por tanto de la seriedad de sus propósitos) hasta la adjudicación del mismo.
- Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las **obligaciones** que le impone el segundo párrafo del artículo **135.2** (se refiere a las obligaciones de justificar hallarse al corriente en el cumplimiento de sus **obligaciones tributarias** y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello,

disponer efectivamente de los **medios** que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, y de haber constituido la **garantía definitiva** que sea procedente).

### **3. Importe de la garantía provisional.**

En los **pliegos** de cláusulas administrativas se determinará el importe de la garantía provisional, que **no podrá ser superior a un 3 %** del presupuesto del contrato, y el régimen de su devolución. La garantía provisional podrá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 84 (que se verá más adelante).

### **4. Devolución, retención e incautación de la garantía provisional.**

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será **devuelta** a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato.

En todo caso, la garantía será **retenida** al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e **incautada** a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.

### **5. Relación con la garantía definitiva.**

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última, en cuyo caso la garantía provisional se cancelará simultáneamente a la constitución de la definitiva.

#### **B) GARANTÍA DEFINITIVA.**

#### **1. Obligatoriedad de la garantía definitiva, como principio general.**

A diferencia de la garantía provisional, el artículo 83.1 LCSP señala que los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas “deberán constituir” a disposición del órgano de contratación una garantía (definitiva).

#### **2. Excepciones.**

Atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el **órgano de contratación** podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los **pliegos**,

especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles (como la comida, vendas o jeringuillas) cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio.

Esta exención **no** será posible en el caso de contratos de **obras** y de **concesión de obras públicas** (artículo 83.1, párrafo segundo LCSP).

La **urgencia** en la tramitación del expediente **no** se considera circunstancia que permita eximir de la obligación de constituir la garantía (artículo 96.1.c LCSP).

### **3. Importe de la garantía definitiva.**

Principio general: Diferencia entre precios unitarios y precios a tanto alzado.

El importe de la garantía definitiva será de un **5 %** del **importe de adjudicación** (cantidad de dinero por la que se adjudica un contrato, y que coincide con la incluida en la oferta del licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa) cuando la cuantía del contrato se determine en función de **precios globales o a tanto alzado** (es decir, no se determine en precios por unidad de medida), excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Cuando la cuantía del contrato se determine en función de **precios unitarios** (precios por unidades de medida -por kilo, por metro, por metro cuadrado, por prenda, etc.-), el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al **presupuesto base de licitación** (cantidad máxima de dinero prevista en el presupuesto para el pago del contrato, que luego los licitadores podrán mejorar en sus ofertas).

El contrato de concesión de obras públicas.

En la concesión de obras públicas el importe de la garantía definitiva se calculará aplicando el **5 por ciento** sobre el **valor estimado del contrato**, cuantificado con arreglo a lo establecido en el artículo 76.3 (es decir, debe tener en cuenta el importe de las mismas así como el valor total estimado de los suministros necesarios para su ejecución -ladrillos, cemento, etc.- que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación).

El órgano de contratación, atendidas las características y la duración del contrato, podrá prever en los pliegos, justificándolo adecuadamente, la posibilidad de **reducir** el importe de la garantía definitiva, **una vez ejecutada la obra** (por ejemplo, una vez construida ya la autopista) **y durante el periodo previsto para su explotación** (cobro de peaje a los usuarios). Sin perjuicio de otros criterios que puedan establecerse en los

pliegos, esta reducción será **progresiva e inversamente proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato** (con lo que se le iría devolviendo la garantía al contratista poco a poco), sin que pueda suponer una minoración del importe de la garantía por debajo del 2 % del valor estimado del contrato.

#### Precios provisionales

En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el artículo 75.5 LCSP, el porcentaje se calculará con referencia al **precio máximo fijado**.

#### **4. Garantía complementaria.**

En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el **pliego** de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una **complementaria de hasta un 5 %** (por tanto, cabría que, por ejemplo, la garantía complementaria fuera de un 2, o un 4 por ciento) del importe de adjudicación del contrato (o del presupuesto base de licitación, si la cuantía del contrato se determina en función de precios unitarios), pudiendo alcanzar la garantía **total** un 10 % (como máximo) del precio del contrato (artículo 83.2 LCSP).

#### **5. Formas de prestación de las garantías.**

Del artículo 84.1 LCSP se extrae que las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna de las siguientes formas:

- a. En **efectivo** (en metálico, dinero de curso legal –no otras formas de pago, como el cheque–) o en valores de **Deuda Pública** (letras del Tesoro, bonos del Estado, y obligaciones del Estado; ya no se admiten valores privados, que sí preveía la legislación anterior)
- b. Mediante **aval bancario** (o entidad financiera equivalente)
- c. Mediante contrato de **seguro de caución**, celebrado con una **entidad aseguradora** (compañía de seguros) autorizada para operar en el ramo.

Estas formas de prestación de las garantías se consideran un **numerus clausus**, por lo que no son admisibles otros, como la hipoteca o como la constitución de un derecho de prenda a favor de la Administración.

#### **6. Retención del precio.**

Lo que sí permite la LCSP es que cuando así se prevea en los **pliegos**, la garantía que, eventualmente, deba prestarse en contratos

**distintos a los de obra y concesión de obra pública** podrá constituirse mediante retención en el precio (artículo 84.2 LCSP).

Sería el caso de un contrato de servicios de limpieza por el cual el contratista tuviera que constituir una garantía definitiva de 10.000 €. Si la Administración debe pagar, en cumplimiento del contrato, mensualidades de 5.000 €, cabría que el contratista no tuviera que constituir la garantía definitiva, a cambio de que las dos primeras mensualidades la Administración no le pagase (la Administración “retiene el precio”), sino que utilizara los 10.000 € (5.000 de la primera mensualidad, más 5.000 de la segunda) para constituir la garantía del contratista, todo ello si así lo permite el pliego.

## **7. Responsabilidades a que están afectas las garantías.**

La garantía responderá de los siguientes conceptos:

- a. De las **penalidades** impuestas al contratista conforme al artículo 196.
- b. De la **correcta ejecución** de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la **demora** del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los **daños y perjuicios** ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- c. De la **incautación** que puede decretarse en los casos de **resolución del contrato**, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido. A este respecto, el Tribunal Supremo matiza que la resolución del contrato por mutuo acuerdo no puede suponer la incautación de la garantía (STS de 11 de julio de 1988). Además, añade que la incautación de la garantía cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, no será necesario inicio alguno de procedimiento, llevándose a cabo por ministerio de la ley, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación que puedan deducirse contra esta decisión (STS de 3 de febrero de 1993).
- d. Además, en el contrato de **suministro** la garantía definitiva responderá de la **inexistencia de vicios o defectos** de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

## **8. Constitución, reposición y reajuste de garantías.**

### Constitución de la garantía definitiva.

De acuerdo con el artículo 87.1 LCSP, el licitador que hubiera presentado la **oferta económicamente más ventajosa** deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 135.2 (**10 días hábiles**, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento), la constitución de la garantía.

De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 135.2 (es decir, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas).

#### Reposición por penalidades o indemnizaciones.

En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, este deberá **reponer** o ampliar aquélla, en la cuantía que corresponda (de tal manera que la garantía siempre se mantenga íntegra), en el plazo de quince días (naturales, según la DA 15ª) desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

#### Reajuste por modificación del contrato.

Cuando, como consecuencia de una **modificación** del contrato, experimente variación el precio del mismo (por ejemplo, pase de 1 millón a 1,2 millones de euros), deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado (ya que el 5% de un millón -50.000 €-, no es lo mismo que el 5% de 1,2 millones -60.000 €-), en el plazo de quince días (naturales) contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación (en el ejemplo, los 10.000 € de diferencia tendrían que aportarse en esos quince días naturales).

A estos efectos **no** se considerarán las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de una **revisión de precios**, antes examinada.

### **9. Ausencia de beneficio de excusión en las garantías prestadas por terceros.**

Señala el artículo 85.1 LCSP que las personas o entidades distintas del contratista que presten garantías a favor de éste (como un banco en el caso del aval bancario, o una compañía de seguro en el caso del seguro de caución) no podrán utilizar el beneficio de excusión a que se refieren los artículos 1830 y concordantes del Código Civil.

Si disfrutase del beneficio de excusión, para que el tercero (banco o compañía de seguro) viniese obligado a pagar por el contratista, primero la Administración tendría que ir a por los bienes de éste, y sólo cuando éstos no llegaran para cubrir la deuda, tendría la posibilidad de exigir del banco o compañía de seguros el resto.

Al no disfrutar del beneficio de excusión, la Administración podrá reclamar directamente al banco o compañía de seguros por las responsabilidades del contratista.

## **10. Preferencia de la Administración en la ejecución de garantías.**

Señala el artículo 89 LCSP, que para hacer efectiva la garantía, la Administración contratante tendrá **preferencia** sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo (público o privado) y el título del que derive su crédito (una hipoteca, una sanción administrativa o una liquidación tributaria).

Cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al **cobro de la diferencia** mediante el procedimiento administrativo de **apremio**, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación (Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación).

## **11. Devolución y cancelación de las garantías.**

### Criterio general

De acuerdo con el artículo 90 LCSP, la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se dé **alguna** de estas circunstancias:

- Que se apruebe la **liquidación** del contrato (zanjándose las cuentas entre Administración y contratista, salvo la garantía), se produzca el vencimiento del **plazo de garantía** (periodo de tiempo que tiene la Administración para comprobar que lo ejecutado por el contratista se adecua a lo pactado) y se haya **cumplido** satisfactoriamente el contrato de que se trate.

- Que se declare la **resolución** de éste sin culpa del contratista (por ejemplo, por rescate de la Administración en el contrato de gestión de servicio público, o por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados).

El **acuerdo de devolución** deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración.



De acuerdo con el Tribunal Supremo, la devolución o cancelación de la garantía debe realizarla **de oficio** la Administración, sin necesidad de petición del contratista (STS de 8 de julio de 1997), pero transcurridos **20 años** sin reclamación del contratista, se invalida cualquier reclamación sobre devolución, por aplicación del actual artículo 18.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (STS de 11 de junio de 1996).

#### Recepción parcial.

En el supuesto de recepción parcial (por ejemplo, de un tramo de una autovía) sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el **pliego** de cláusulas administrativas particulares.

#### Cesión del contrato.

En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario (con lo que en todo momento la Administración no pierde el poder sobre la garantía).

#### Inactividad de la Administración.

Transcurrido **un año** desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 88.

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, el plazo se reducirá a **seis meses**.

Este apartado 5 del artículo 90 LCSP obedece al criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1987, que señala que la Administración no puede demorar caprichosamente la devolución de la fianza y retenerla sin justificación alguna.

## **12. Garantía global.**

#### Alternativa a la garantía individualizada.

El artículo 86 LCSP señala que, **alternativamente** a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario podrá constituir



una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de **todos** los que celebre:

- Con una Administración Pública (por ejemplo, la Xunta de Galicia).
- Con un órgano de contratación (el Conselleiro de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia), o
- Con varios órganos de contratación (el Ministro de Economía y Hacienda y sus Secretarios de Estado).

#### Modalidades de constitución.

La garantía global deberá constituirse en alguna de las modalidades previstas en las letras b (aval bancario) y c (seguro de caución) del apartado 1 del artículo 84, y ser depositada en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales contratantes, según la Administración ante la que deba surtir efecto.

Sería el caso de un aval bancario de 2 millones de euros presentado por una empresa para responder, por ejemplo, de todos los contratos que celebre con la Administración General del Estado.

#### Cobertura.

La garantía global responderá, genérica y permanentemente, del cumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones derivadas de los contratos cubiertos por la misma hasta el 5 %, o porcentaje mayor que proceda (en caso de garantía complementaria), del importe de adjudicación (si la cuantía del contrato se determina por precios a tanto alzado) o del presupuesto base de licitación, cuando el precio se determine en función de precios unitarios, sin perjuicio de que la indemnización de daños y perjuicios a favor de la Administración que, en su caso, pueda ser procedente, se haga efectiva sobre el resto de la garantía global.

#### Afectación a un contrato concreto: certificación acreditativa de existencia y suficiencia.

A efectos de la afectación de la garantía global a un contrato concreto, la caja o establecimiento donde se hubiese constituido emitirá, a petición de los interesados, una **certificación acreditativa de su existencia y suficiencia**, en un plazo máximo de tres días hábiles desde la presentación de la solicitud en tal sentido, procediendo a inmovilizar el importe de la garantía a constituir, que se liberará cuando quede cancelada la garantía.

Así, si la empresa antes mencionada tuviera que hacer frente a un nuevo contrato con un Ministro y cubrir 100.000 €, la Caja General de Depósitos emitiría un certificado conforme la garantía global constituida (aval de 2 millones de euros) existe y es suficiente para cubrir los 100.000 €.

### **3. GARANTÍAS A PRESTAR EN OTROS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

Destaca el **amplio margen de decisión** que la LCSP otorga la **órgano de contratación**, ya que su artículo 92 señala, para empezar, que en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas (como por ejemplo, Loterías y Apuestas del Estado), los órganos de contratación **podrán exigir** (no es obligatorio, por tanto, para el órgano de contratación el exigir las garantías) la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

Además, en caso de que el órgano de contratación decida exigir la garantía, es el propio órgano de contratación el que establecerá, atendidas las circunstancias y características del contrato, tanto el **importe** de la garantía, como el régimen de su **devolución** o **cancelación**.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

#### Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. y Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. y Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2<sup>o</sup> edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

# **24. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NORMAS GENERALES. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

## I. PREPARACIÓN DE CONTRATOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NORMAS GENERALES.

La “vida” de un contrato consta de cuatro fases, que son las de preparación, adjudicación, efectos (también llamada “ejecución”) y extinción. En este tema se estudian las normas generales de las dos primeras fases (preparación y adjudicación), y en el tema siguiente, las dos últimas (efectos y extinción).

### 1. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.

#### A) TRAMITACIÓN ORDINARIA.

#### 1. Expediente de contratación.

##### Necesidad del expediente de contratación.

La fase de **preparación** de los contratos coincide con la tramitación de un procedimiento administrativo denominado “**expediente de contratación**”.

A este respecto, el artículo 93.1 LCSP, señala que “la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas (tanto administrativos como privados) requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente...”

El **expediente de contratación** comprende las actuaciones a través de las cuales la Administración forma su voluntad contractual mediante la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos, de manera que, como principio general, no puede haber contrato sin que previamente se haya tramitado dicho expediente, excepto en la tramitación de emergencia (Informe JCCA 31/2005, de 29 de junio).

##### Iniciación.

El expediente de contratación se iniciará (de oficio) por el **órgano de contratación** motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 LCSP (ya examinado).

##### Contenido.

El expediente deberá referirse a la **totalidad del objeto** del contrato, sin perjuicio de su eventual división en lotes (artículo 74.3 LCSP), a efectos de la licitación y adjudicación.

Al expediente se incorporarán:

- El **pliego de cláusulas administrativas particulares** y el de **prescripciones técnicas** que hayan de regir el contrato (de los que se hablará más adelante). En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de **diálogo competitivo**, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el **documento descriptivo** a que hace referencia el artículo 165.1.

- El **certificado de existencia de crédito** (comprobación de la existencia de una partida de dinero del presupuesto que pueda dedicarse al contrato) o documento que legalmente le sustituya.

- La fiscalización previa de la **intervención**, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

- Justificación adecuada de la **elección del procedimiento** (abierto, restringido, negociado...) y de los **criterios** que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato (precio, plazos de entrega, rentabilidad...).

#### Aprobación.

De acuerdo con el artículo 94.1 LCSP, “completado el expediente de contratación, se dictará **resolución motivada** por el órgano de contratación aprobando el mismo...” Además de concluir el expediente de contratación, esa misma resolución motivada también supone:

- La **apertura del procedimiento de adjudicación**, con el que se da inicio a la segunda fase de la vida del contrato, es decir, la fase de adjudicación.

- Asimismo implica, como principio general, la **aprobación del gasto**, con lo que la partida correspondiente del presupuesto quedará vinculada al contrato. Este gasto aprobado recibe el nombre de “*presupuesto base de licitación*”, o “*presupuesto del contrato*”.

#### Tramitación anticipada.

Los expedientes de contratación podrán concluirse (incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato) aun cuando **su ejecución** (ya se realice en una o en varias anualidades) **deba iniciarse en el ejercicio siguiente**.

A estos efectos podrán **comprometerse créditos** con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas a esta Ley.

Esta previsión del artículo 94.2 LCSP viene a significar que en los presupuestos del año en que se adjudica o formaliza no es necesario que exista partida presupuestaria específica destinada al pago del contrato, pues mientras no haya ejecución, no surgirá la obligación de pago.

#### Particularidades de los contratos menores.

De acuerdo con el artículo 95 LCSP, en estos contratos, la tramitación del expediente sólo exigirá:

- La **aprobación del gasto** y
- La incorporación al mismo de la **factura** correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan (véase el RD 2402/1985, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, y el artículo 72.1 RGCAP).

En el contrato menor de **obras**, deberá añadirse, además:

- El **presupuesto** de las obras.
- El correspondiente **proyecto** cuando normas específicas así lo requieran.
- El **informe de supervisión** a que se refiere el artículo 109 (comprobación de que el proyecto se acomoda a las normas técnicas relacionadas con las obras: anchura mínima de pasillos, altura mínima de techos, salidas de emergencia...) cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.

#### B) TRAMITACIÓN ABREVIADA DEL EXPEDIENTE.

##### **1. Tramitación urgente.**

##### Supuestos

De acuerdo con el artículo 96.1 LCSP, “podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una **necesidad inaplazable** o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de **interés público**. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada”.

A pesar de la indeterminación de los supuestos, el Tribunal Supremo ha señalado que debe tratarse de una urgencia objetiva, no meramente subjetiva, ya que, de no ser así, quedaría al arbitrio subjetivo de lo que la norma configura como necesidad o por interés público, todo lo cual lleva a su nulidad ( STS de 28 de octubre de 1992).

La falta de motivación (a la que se equipara una motivación general o abstracta) también supone la nulidad de la declaración de urgencia (STSJ de Castilla y León de 30 de enero de 2001).

### Consecuencias de la tramitación de urgencia

La declaración de urgencia afectará tanto a la fase de preparación como a la de adjudicación, siendo las principales **consecuencias** la preferencia en la tramitación, la reducción de plazos de tramitación (a la mitad, con carácter general), la posibilidad de comenzar la ejecución del contrato aun sin formalizarlo, y la obligación de iniciar la ejecución en el plazo de 15 días hábiles a contar desde la formalización.

### Asistencia sanitaria

La DA 29ª LCSP señala que en los contratos relativos a la prestación de **asistencia sanitaria** en supuestos de **urgencia** y por importe **inferior a 30.000 euros**, no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato. Para proceder a la contratación en estos casos bastará que, además justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

## **2. Tramitación de emergencia.**

### Supuestos.

Es un supuesto más excepcional que el anterior. Cabe seguir la tramitación de emergencia, de acuerdo con el artículo 97 LCSP, “cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de **acontecimientos catastróficos**, de situaciones que supongan **grave peligro** o de necesidades que afecten a la **defensa nacional**”.

Señala el Tribunal Supremo que no basta la mera existencia de la situación de emergencia, sino que además se precisa que la tramitación de emergencia sea absolutamente necesaria para evitar o remediar sus efectos (STS de 20 de enero de 1987).

### Consecuencias

Las particularidades de la tramitación de emergencia también afectan tanto a la fase de preparación como a la de adjudicación, y las consecuencias son mucho más drásticas que en la declaración de urgencia: El órgano de contratación, **sin obligación de tramitar expediente administrativo**, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o



contratar libremente su objeto, en todo o en parte, **sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley**, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Además, podrá adjudicar el contrato incluso **verbalmente**.

**No** se dará el **recurso especial en materia de contratación** en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia (artículo 310.4 LCSP), con lo que en su caso, cabra la interposición del recurso administrativo de reposición y/o el recurso contencioso-administrativo.

## **2. PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.**

Los **Pliegos de Cláusulas Administrativas** son los documentos que recogen los derechos y obligaciones, pactos y condiciones que pormenoriza el vínculo jurídico nacido del contrato.

Por su parte, los **Pliegos de Prescripciones Técnicas** son instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales deberá ejecutarse la prestación por parte del contratista (características de los materiales a emplear, procedencia de los mismos, medidas de seguridad y salud...).

El Tribunal Supremo ha señalado que los Pliegos son “ley del contrato”, *lex inter partes*, de acuerdo con el principio de libertad de pactos, en tanto no vulnere el Derecho necesario (STS de 28 de diciembre de 1983, entre otras muchas).

### **A) PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES.**

#### **1. Carácter potestativo.**

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales (PCAG) son documentos cuya existencia el artículo 98 LCSP prevé con carácter **potestativo**, por lo que no existen para todo tipo de contratos.

#### **2. Contenido.**

Determinan, sin contravenir la normativa de contratos, las condiciones jurídicas, económicas y administrativas de **un tipo de contrato determinado**.

En concreto, los PCAG aprobados en la **Administración General del Estado** son:

- Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el PCAG para la construcción de **obras** del Estado.

- La Orden Ministerial de 8 de marzo de 1972, que aprueba el pliego para la contratación de **estudios y servicios técnicos** competencia del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. En 1974 se extendió a todos los departamentos que no contaran con un pliego general propio (cuenta con uno propio el Ministerio de Asuntos Exteriores, aprobado por Orden Ministerial de 23 de julio de 1973).

- Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el PCAG para la construcción, conservación y explotación de **autopistas** en régimen de concesión.

- Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de **equipos y sistemas para el tratamiento de la información** y de mantenimiento, arrendamiento y programas.

- Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de marzo de 1981, por la que se aprueba el pliego general de condiciones económico-administrativas y técnico-facultativas para la contratación por los **consorcios** o las **corporaciones locales** de los trabajos de formación, conservación y revisión de los **catastros** urbanos y rústicos.

- Real Decreto 3142/1981, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de **suministros** en el **Ministerio de Defensa**.

### **3. Órgano competente.**

#### Ámbito estatal.

En el **ámbito estatal**, el órgano competente para su aprobación es el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, y previo dictamen del Consejo de Estado.

Cuando se trate de pliegos generales para la adquisición de bienes y servicios relacionados con las tecnologías para la información (como la compra de ordenadores), la propuesta al Consejo de Ministros corresponderá conjuntamente al Ministro de Economía y Hacienda y al Ministro de Administraciones Públicas.

La falta de dictamen del Consejo de Estado da lugar a la nulidad radical del acto final dictado, pues se trata de un trámite esencial (Dictamen del Consejo de Estado 2913/2004, de 17 de febrero).

#### Comunidades Autónomas y Administración Local.

La LCSP, en su artículo 98.3, establece la posibilidad de que **Comunidades Autónomas** y entidades integrantes de la **Administración Local** puedan aprobarlos, de acuerdo con sus normas específicas (en el caso de la Administración Local de Galicia, lo permite el artículo 317 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia) y previo dictamen, en el caso gallego, del Consello Consultivo de Galicia.

#### **4. Carácter normativo o contractual.**

Como se destacó en el Tema 23, existe un debate doctrinal sobre si los PCAG del contrato tienen un carácter propiamente **normativo** -de rango reglamentario-, como defienden Parada Vázquez y ciertos Informes del Consejo de Estado -como el 334/2002, de 11 de abril-, o solamente **contractual**.

En caso de considerarse normas, estaríamos en todo caso ante **normas jurídicas sui generis**, en la medida en que el artículo 99.5 LCSP permite que con ellas se pueda llegar a un efecto contrario al principio de inderogabilidad singular de las normas reglamentarias (artículo 52.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en la medida en que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares pueden contener cláusulas contrarias a los Pliegos Generales.

#### **B) PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES.**

##### **1. Órgano de aprobación y contenido.**

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) los aprueba el **órgano de contratación**, y de acuerdo con el artículo 99 LCSP, incluirá los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la LCSP y sus normas de desarrollo (artículo 67 RGCAP), sin contravenirlas.

De acuerdo con la jurisprudencia, hay datos **esenciales** de los pliegos que no pueden faltar, como el plazo de ejecución, duración, presupuesto base de licitación, tipo de procedimiento o formas de adjudicación, mientras que otros, como la codificación correspondiente de la nomenclatura de la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-1996) o el importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato, podrían considerarse una mera **irregularidad no invalidante** (STSJ Asturias de 19 de julio de 1997 y Andalucía de 14 de octubre de 1999).

##### **2. Carácter obligatorio, y sus excepciones.**

A diferencia de los anteriores, su existencia es **obligatoria** (incluso para los contratos privados, y con independencia del tipo de procedimiento seguido –abierto, restringido, negociado...-), so pena de nulidad del contrato, salvo en los siguientes casos:

- En los contratos menores.
- En los contratos de emergencia.
- En los contratos celebrados en el extranjero.
- En los contratos de colaboración entre el sector público y privado (en este caso, los pliegos se sustituyen por un documento descriptivo del contrato).

### **3. Estipulaciones contrarias a los PCAG.**

El artículo 99.5 LCSP, de carácter no básico, establece que “la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado deberá informar con carácter previo todos los **pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales**”.

En el ámbito de administración autonómica, sus organismos autónomos, sociedades públicas, fundaciones del sector público autonómico y demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia, será la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia** la que informe preceptivamente (artículo 2.3 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre).

### **4. Modelos de pliegos particulares.**

Existe la posibilidad, de acuerdo con el artículo 99.4 LCSP, de que el órgano de contratación apruebe **modelos de pliegos particulares** para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga (como, por ejemplo, para suministros adjudicados por procedimiento abierto o restringido, o para contratos de gestión de servicios públicos por concierto mediante procedimiento abierto o restringido, como se ha hecho en la Junta de Andalucía).

### **5. Carácter no normativo.**

La doctrina es unánime al señalar que los PCAP **no** tienen carácter **normativo** (ni siquiera los modelos tipo, que son sólo documentos de trabajo interno).

## **C) LOS PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS GENERALES.**

### **1. Carácter potestativo.**

Los Pliegos de Prescripciones Técnicas Generales (PPTG) también son, igual que los PCAG, documentos de carácter **potestativo**.

## **2. Órgano competente.**

Su aprobación corresponde, en el ámbito estatal, al **Consejo de Ministros**, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (a diferencia de los PCAG, en los que la LCSP no exige este informe y sí el dictamen del Consejo de Estado), a propuesta del Ministro correspondiente (artículo 100.2 LCSP).

No existe un artículo similar al 98.3 LCSP, examinado con anterioridad, que atribuya competencia a las **Comunidades Autónomas** y entidades integrantes de la **Administración Local**, pero al carecer de carácter básico el artículo 100.2 LCSP, la regulación específica autonómica podría preverlo.

### **D) LOS PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES.**

Los Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), igual que los PCAP, los aprueba el **órgano de contratación** “con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación” (artículo 100.1 LCSP).

Su contenido viene desarrollado en el artículo 68 RGCAP.

### **E) REGLAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.**

#### **1. Discapacidad y medio ambiente.**

El artículo 101 LCSP indica que las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible:

- Teniendo en cuenta **criterios de accesibilidad universal** y de **diseño para todos**, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y,

- Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando **criterios de sostenibilidad y protección ambiental**, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá **motivarse** suficientemente esta circunstancia.

## **2. Igualdad.**

Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de **igualdad** de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

## **3. Formas de definición de las prescripciones técnicas.**

Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas:

a. Haciendo referencia a **especificaciones técnicas** (relativas a longitud, anchura, diámetro, composición, resistencia, dureza, etc., de un producto), de acuerdo con el orden de prelación establecido en el artículo 101.3.a LCSP

b. En términos de **rendimiento** o de **exigencias funcionales** (capacidad, por ejemplo, de resistir determinados kilos de peso, independientemente de su longitud, anchura, diámetro, composición, etc.) incorporando a éstas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales.

c. En términos de **rendimiento** o de **exigencias funcionales**, conforme a lo indicado en la letra b, haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a (así que en principio es igual que la letra b -capacidad para resistir cierto peso, por ejemplo-, pero si el material cumple con determinada longitud, anchura, diámetro, composición, etc. -especificaciones técnicas-, se presume que es capaz de resistir dicho peso).

d. Haciendo referencia a las **especificaciones técnicas** mencionadas en la letra a, para ciertas características, y al **rendimiento** o a las **exigencias funcionales** mencionados en la letra b), para otras (por tanto, mezcla de las letras a y b).

## **4. Menciones prohibidas, y sus excepciones.**

### Principio general.

Las especificaciones técnicas no podrán mencionar una **fabricación** o una **procedencia** determinada o un **procedimiento** concreto, ni hacer referencia a una **marca**, a una **patente** o a un **tipo**, a un **origen** o a una

**producción** determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos.

### Excepciones

- Cuando lo justifique el **objeto** del contrato (por ejemplo, si se trata de una campaña para promocionar los pimientos de Padrón, puede exigirse en el pliego que los pimientos que salgan en el anuncio sean efectivamente “de Padrón”).

- Cuando **no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible** del objeto del contrato (en aplicación de los apartados 3 y 4 del artículo 101 LCSP), debiendo ir acompañada de la mención “**o equivalente**” (como de hecho sucede con las ventanas “tipo *velux*” -Velux es una marca-, por lo que en los pliegos se indica “ventanas tipo *velux* o equivalente”).

- Según el artículo 70 RGCAP, cuando se trate de suministros de material para mantenimiento, repuesto o reemplazo de **equipos ya existentes**.

## F) CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

### 1. Requisitos

Señala el artículo 102 LCSP que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que:

- Sean compatibles con el **derecho comunitario** y
- Se indiquen en el **anuncio de licitación** y en el **pliego** o en el **contrato**.

### 2. Especial consideración de las condiciones de ámbito medioambiental o social, y su finalidad.

Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo **medioambiental** (como el suministro de bienes en recipientes reutilizables) o a consideraciones de tipo **social** (como el compromiso de contratación de un determinado porcentaje de mujeres, tendente a la eliminación de desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral).

### 3. Posibles consecuencias del incumplimiento de las condiciones especiales, de acuerdo con los pliegos o el contrato.

El artículo 201.2 señala tres posibles consecuencias:



- Los pliegos o el contrato podrán establecer **penalidades**, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución,
- Los pliegos o el contrato también podrán atribuirles el carácter de **obligaciones contractuales esenciales** a los efectos señalados en el artículo 206.g (causa de resolución).
- Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como **infracción grave** a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e (**prohibición de contratar**).

#### G) INFORMACIÓN SOBRE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LA FISCALIDAD, PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, EMPLEO Y CONDICIONES LABORALES.

El **órgano de contratación** podrá señalar en el **pliego** el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre estas obligaciones, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

El órgano de contratación que facilite esta información solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que **manifiesten haber tenido en cuenta** en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente, lo que no obstará la aplicación de lo dispuesto en el artículo 136 LCSP (que se verá posteriormente) sobre verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados (artículo 103 LCSP).

#### H) INFORMACIÓN SOBRE LAS CONDICIONES DE SUBROGACIÓN EN CONTRATOS DE TRABAJO.

En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de **subrogarse como empleador** en determinadas relaciones laborales (como sería el caso en que un nuevo contratista pasa a hacerse cargo de la gestión de una cafetería de la Administración, pero asumiendo todos los trabajadores -camareros, cocineros, personal de limpieza...- del contratista anterior), el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos (sueldo, jornada laboral...) de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.



A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará **obligada a proporcionar la referida información** al órgano de contratación, a requerimiento de éste (artículo 104 LCSP).

## **II. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

### **1. NORMAS GENERALES.**

#### **A) DISPOSICIONES DIRECTIVAS.**

##### **1. Inicio del procedimiento de adjudicación.**

Tal como vimos anteriormente, la resolución por la que se aprueba el expediente de contratación supone el inicio del procedimiento de adjudicación (artículo 94.1 LCSP), con lo que comienza la segunda fase de la vida del contrato.

##### **2. Tipos de procedimientos de adjudicación.**

Los apartados 2 a 4 del artículo 122 LCSP señalan que la adjudicación se realizará:

- Ordinariamente, utilizando el procedimiento **abierto** o el procedimiento **restringido**.

- En los supuestos enumerados en los artículos 154 a 159 LCSP (casos, por tanto, tasados), ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento **negociado**.

- En los casos previstos en el artículo 164 (casos también tasados) podrá recurrirse al **diálogo competitivo**.

- Los **contratos menores** podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95 (ya examinadas).

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

- En los **concursos de proyectos** se seguirá el procedimiento regulado en la sección VI de este Capítulo (artículos 168 a 172 LCSP).

### **3. Principios de igualdad y transparencia.**

Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia (artículo 123 LCSP).

### **4. Confidencialidad.**

Mantenimiento de la confidencialidad por parte de los órganos de contratación.

Los **órganos de contratación** no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial.

Este carácter afecta, en particular, a los:

- **Secretos técnicos o comerciales**, y
- **Aspectos confidenciales** de las **ofertas**.

Esta regla se entiende sin perjuicio de las disposiciones de la LCSP relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores,

Mantenimiento de la confidencialidad por parte del contratista.

Señala el artículo 124.2 LCSP que el **contratista** deberá respetar el carácter confidencial de aquella información:

- A la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o
- Que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal.

Este deber se mantendrá durante un plazo de **cinco años** desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor (artículo 124 LCSP).

B) PUBLICIDAD.

#### **1. Anuncio previo.**

Carácter potestativo y objeto.

Los órganos de contratación podrán publicar (no es obligatorio) un **anuncio de información previa** con el fin de dar a conocer, en relación

con los contratos de **obras, suministros y servicios** que tengan **proyectado adjudicar en los doce meses siguientes**, los siguientes datos:

- a. En el caso de los contratos de **obras**, las características esenciales de aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 4.845.000 euros.
- b. En el caso de los contratos de **suministro**, su valor total estimado, desglosado por grupos de productos referidos a partidas del *Vocabulario Común de los Contratos Públicos* (CPV), cuando ese valor total sea igual o superior a 750.000 euros.
- c. En el caso de los contratos de **servicios**, el valor total estimado para cada categoría de las comprendidas en los números 1 a 16 del anexo II, cuando ese valor total sea igual o superior a 750.000 euros.

Publicidad en el DOUE o en el perfil de contratante.

Los anuncios se publicarán, opcionalmente:

- En el Diario Oficial de la Unión Europea, o
- En el perfil de contratante del órgano de contratación.

En el caso de que la publicación vaya a efectuarse en el **perfil de contratante** del órgano de contratación, éste deberá comunicarlo previamente a la Comisión Europea y al *Boletín Oficial del Estado* por medios electrónicos, con arreglo al formato y a las modalidades de transmisión que se establezcan. En el anuncio previo se indicará la fecha en que se haya enviado esta comunicación.

Celeridad.

Los anuncios se enviarán a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas o se publicarán en el perfil de contratante **lo antes posible**, una vez tomada la decisión por la que se autorice el programa en el que se contemple la celebración de los correspondientes contratos, en el caso de los de obras, o una vez iniciado el ejercicio presupuestario, en los restantes.

Efectos: Reducción de plazos.

La publicación del anuncio previo cumpliendo con las condiciones establecidas en los artículos 143.1 y 151.1 LCSP permitirá **reducir los plazos** para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos en la forma que en esos preceptos se determina (artículo 125 LCSP).

## **2. Convocatoria de licitaciones.**

### Anuncio de licitación.

De acuerdo con el artículo 126.1 LCSP, “los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 161 (es decir, a excepción de los negociados sin publicidad), deberán anunciarse en el **Boletín Oficial del Estado** (el modelo del anuncio se encuentra en el Anexo VII RGCAP). No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el Boletín Oficial del Estado por la que se realice en los **diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales**.

Cuando los contratos estén **sujetos a regulación armonizada** (contratos SARA), la licitación deberá publicarse, **además**, en el **Diario Oficial de la Unión Europea** (DOUE, en adelante; el modelo del anuncio se encuentra en el Anexo VIII RGCAP), sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el **Boletín Oficial del Estado** (por lo que en estos casos el anuncio se enviará primero el anuncio al DOUE, y posteriormente se publicará en el BOE).

### Contratos no sujetos a regulación armonizada: Publicidad opcional y complementaria en el DOUE.

Cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios **no sujetos a regulación armonizada** podrán ser anunciados, además, en el DOUE.

### Precedencia del envío al DOUE.

El envío del anuncio (no su publicación efectiva) al DOUE deberá **preceder** a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.

### Publicación obligatoria del anuncio de licitación en el perfil.

Por su parte, el 126.4 LCSP establece que “los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el **perfil de contratante** del órgano de contratación (página web del órgano de contratación).

En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 161.2 (negociados con publicidad), esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el Boletín Oficial del Estado o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales”.

### C) LICITACIÓN.

#### **1. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones.**

De acuerdo con el artículo 127 LCSP, los **órganos de contratación** fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el **tiempo que razonablemente pueda ser necesario** para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los **plazos mínimos fijados en esta Ley** (véanse los artículo 143 -plazos de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto-, 148 -plazo de recepción de solicitudes de participación en el procedimiento restringido, y aplicable al negociado y al diálogo competitivo- y 151 -plazo de recepción de las ofertas en el procedimiento restringido, y aplicable también al negociado y al diálogo competitivo-), que varían según el tipo de procedimiento de adjudicación utilizado.

#### **2. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos: El sobre “A”.**

El artículo 130.1 LCSP establece que las proposiciones (en el procedimiento abierto) y las solicitudes de participación (en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo) deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

- a. Los que acrediten la **personalidad jurídica** del empresario y, en su caso, su representación.
- b. Los que acrediten la **clasificación** de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su **solvencia** económica, financiera y técnica o profesional.
- c. Una declaración responsable de no estar incurso en **prohibición de contratar**.
- d. En su caso, una **dirección de correo electrónico** en que efectuar las notificaciones.
- e. Para las **empresas extranjeras**, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Cuando con arreglo a esta Ley sea necesaria la presentación de **otros documentos** se indicará esta circunstancia:

- En el **pliego** de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo (en este último caso, si se sigue un diálogo competitivo, en el que el documento descriptivo sustituye al pliego), y
- En el correspondiente **anuncio de licitación**.

La JCCA entiende que los **defectos** son **subsanales** cuando el error no afecta al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación. Así, la falta de poder en el momento de presentar la documentación es un defecto insubsanable, pero la falta de acreditación de un poder realmente existente en dicho momento es un defecto que puede subsanarse (Informe JCCA 27/2004, de 7 de junio).

### **3. El llamado “sobre B”: Proposiciones de los interesados.**

Las **proposiciones** son las **ofertas** presentadas por los interesados.

#### Aceptación incondicionada del PCAP.

De acuerdo con el artículo 129 LCSP, deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la **aceptación incondicionada** por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que el principio de igualdad de trato exige la exclusión de la oferta que se separe del pliego en una cláusula fundamental (STJCE de 22 de junio de 1993).

#### Carácter secreto.

Las proposiciones serán **secretas** y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (es decir, el momento de la apertura de las ofertas, que se realiza en un día, hora y lugar determinados), sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 132 y 166 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo, como se verá más adelante.

La inclusión, por parte del licitador, de aspectos técnicos de la proposición en el sobre de la documentación general (sobre A) hace excluir al licitador del concurso, sin la apertura del sobre que contenga la proposición económica, por vulnerar el principio de secreto de la oferta

hasta el momento de la licitación pública, que el propio licitador debe guardar (Informe JCCA 43/2002, de 17 de diciembre).

#### “Licitar”.

El acto por el cual los interesados presentan sus ofertas (“proposiciones”) se llama “**licitar**”, que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define como “ofrecer precio por algo en una subasta o almoneda”. De ahí que los interesados que presentan sus ofertas reciban el nombre de “**licitadores**”.

#### Regla general de una proposición por licitador.

Cada licitador no podrá presentar más de **una proposición**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 131 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 132 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la **no admisión de todas** las propuestas por él suscritas.

#### Partida independiente para el IVA.

En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

### **4. Admisibilidad de variantes o mejoras.**

#### Admisibilidad recogida en el PCAP y en el anuncio de licitación.

De acuerdo con el artículo 131 LCSP, cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el **pliego** de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el **anuncio de licitación** del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

#### Variante que convierte un contrato de suministros en uno de servicios, o viceversa: Ejemplo.

En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el



único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios.

Ejemplo de lo establecido en este último párrafo es el de los programas de ordenador genéricos (como Windows o Word) o específicos (un programa de ordenador hecho a medida para el funcionamiento del SERGAS, por ejemplo). La adquisición de programas genéricos se considera contrato de suministros, mientras que los desarrollados a medida se consideran contratos de servicios (artículo 8.3.b LCSP). Si el contrato es, en principio, de suministros, y la variante propuesta por un licitador es realizar un programa a medida para la Administración (lo que convertiría al contrato de suministros en uno de servicios), no se podrá rechazar la variante con el único argumento de que ello daría lugar a un contrato de servicios en vez de uno de suministros.

## **5. Subasta electrónica.**

### Funcionamiento.

El artículo 132 LCSP prevé como una nueva posibilidad la celebración de una subasta electrónica, a efectos de la adjudicación del contrato. Consiste en un proceso que, tras una primera evaluación completa de las ofertas, **permite posteriormente la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores** relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto (como los plazos de entrega). Se realiza a través de un **dispositivo electrónico** que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos, es decir, según se mejoren los precios o los plazos de entrega, vía Internet, las ofertas van variando automáticamente a través de unas fórmulas matemáticas.

### Tipos de procedimiento en los que podrá emplearse la subasta electrónica, y sus excepciones.

La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos:

- **Abiertos**
- **Restringidos**
- **Negociados** que se sigan en el caso previsto en el artículo **154.a** (es decir, cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables).

La subasta electrónica cabrá en estos procedimientos siempre que las **especificaciones** del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera **precisa**.



**No** cabrá la subasta electrónica cuando las prestaciones que constituyen su objeto tengan carácter **intelectual** (como la contratación de un abogado para un juicio de la Administración, o un profesor para impartir unos cursos en un centro público). Además, no podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma **abusiva** o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la **competencia** o que se vea **modificado el objeto** del contrato.

#### Características de las variaciones.

La subasta electrónica se basará en variaciones referidas al precio o a valores de los elementos de la oferta que sean **cuantificables** y susceptibles de ser expresados en **cifras** o **porcentajes** (como el precio o los plazos de entrega).

### **6. Sucesión en el procedimiento.**

Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la adjudicación se produjese la **extinción** de la personalidad jurídica de una empresa licitadora o candidata por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial, **le sucederá** en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que cumpla estos dos requisitos:

- Reúna las condiciones de **capacidad** y ausencia de **prohibiciones de contratar**.
- acredite su **solvencia** y **clasificación** en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

#### **D) SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO.**

### **1. Criterios de valoración de las ofertas.**

Criterios directamente vinculados con el objeto del contrato:  
Ejemplos.

El artículo 134 LCSP señala que, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, deberá atenderse a **criterios directamente vinculados al objeto del contrato**, tales como:

- La calidad
- El precio.

- La fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio.
- El plazo de ejecución o entrega de la prestación.
- El coste de utilización.
- Las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.
- La rentabilidad.
- El valor técnico.
- Las características estéticas o funcionales.
- La disponibilidad y coste de los repuestos.
- El mantenimiento.
- La asistencia técnica.
- El servicio postventa.
- Otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del **precio** más bajo (en la nomenclatura de la anterior normativa, cuando el único criterio de adjudicación era el precio, se decía que estábamos ante una “subasta”).

De acuerdo con la jurisprudencia, si los criterios no son **adecuados** y **pertinentes**, o tratan de **predeterminar al adjudicatario**, cabe impugnar los pliegos, por infracción de los principios de objetividad, igualdad, proporcionalidad y de interdicción (prohibición) de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Además, como se vio en el tema anterior, han de ser criterios de valoración técnicas de las ofertas, **no** de **solvencia** de los licitadores.

#### Órgano y publicidad.

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el **órgano de contratación** y se detallarán en el **anuncio**, en los **pliegos** de cláusulas administrativas particulares o en el **documento descriptivo** (que sustituye a los pliegos en el diálogo competitivo).

#### Preponderancia de los criterios objetivos.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos (como el precio o los plazos de entrega).

### Creación de un comité en caso de ponderación superior de los criterios subjetivos

Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (como las características estéticas o funcionales), deberá constituirse un **comité** que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

### Evaluación de los criterios subjetivos con anterioridad a los objetivos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (los objetivos) se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia (los subjetivos), dejándose constancia documental de ello.

### Casos en que procede la valoración de más de un criterio.

La valoración de **más de un criterio** (estaríamos ante un “concurso”, de acuerdo con la nomenclatura de la anterior normativa) procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- a. Aquéllos cuyos **proyectos o presupuestos** no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los **licitadores**.
- b. Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de **variantes**, o por reducciones en su **plazo de ejecución**.
- c. Aquéllos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante **materiales o medios auxiliares** (como un laboratorio) cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.
- d. Aquéllos que requieran el empleo de **tecnología** especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- e. Contratos de **gestión de servicios públicos**.
- f. Contratos de **suministros**, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación (es decir, salvo que el producto a

suministrar esté tan bien definido por el pliego, que lo único que pueda variar sea el precio al que lo ofrezcan los licitadores).

g. Contratos de **servicios**, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

h. Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el **medio ambiente**, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como:

- El menor impacto ambiental.
- El ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales.
- El coste ambiental del ciclo de vida,
- Los procedimientos y métodos de producción ecológicos.
- La generación y gestión de residuos.
- El uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

#### Ponderación relativa de los criterios y banda de valores.

Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la **ponderación relativa** atribuida a cada uno de ellos (puntuación que se puede conseguir por precio, plazos de entrega, posibilidad de repuestos, etc.), que podrá expresarse fijando una **banda de valores** con una amplitud adecuada (por ejemplo, por plazos de entrega se podrán conseguir entre 0 y 10 puntos, indicando qué puntuación corresponde a los distintos plazos posibles).

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

#### Aplicación de los criterios en distintas fases.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en **varias fases**, se indicará igualmente:

- En cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios (por ejemplo, en una primera fase, sólo se tendrá en cuenta el precio, con lo que se hace una primera criba de ofertas).
- El umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo (por ejemplo, el que no consiga al menos 5 puntos en la primera fase, no pasará a la segunda).

#### Indicación en el anuncio de licitación.

Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

Incumplimiento o cumplimiento defectuoso relacionados con los criterios de adjudicación

Los pliegos o el contrato podrán (no es obligatorio):

- Establecer **penalidades**, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1 LCSP, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o

- Atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de **obligación contractual esencial** a los efectos señalados en el artículo 206.h (causa de resolución).

## **2. Clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación.**

Clasificación de las ofertas por el órgano de contratación.

De acuerdo con el artículo 135 LCSP, el órgano de contratación **clasificará**, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 136 LCSP.

Para realizar dicha clasificación, atenderá a los **criterios de adjudicación** señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos **informes** técnicos estime pertinentes (según la JCCA, nada impide que el informe sea solicitado a personal eventual, ya que corresponde al órgano competente para la valoración de las proposiciones ponderar la competencia sobre aspectos técnicos de la persona u órgano al que solicite los informes técnicos -informe JCCA 13/2001, de 3 de julio-).

Cuando el **único** criterio a considerar sea el **precio**, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

El Tribunal Supremo ha señalado que cuando se tienen en cuenta más de un criterio, la Administración puede valorar las ofertas dentro de un **cierto margen de discrecionalidad técnica** (STS de 16 de junio de 2000), y que la **jurisdicción contencioso-administrativa** puede declarar si esa valoración ha sido arbitraria o conforme a los límites de esa discrecionalidad técnica admisible (STS de 4 de junio de 2002).

Exigencias al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

El órgano de contratación requerirá al **licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa** para que, dentro del plazo de **diez días hábiles** (ampliable por las normas autonómicas, sin que se exceda el de veinte días hábiles), a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa:

- De hallarse al corriente en el cumplimiento de sus **obligaciones tributarias** y con la **Seguridad Social** o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello,
- De disponer efectivamente de los **medios** que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, y
- De haber constituido la **garantía definitiva** que sea procedente.

Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

**De no cumplimentarse** adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al **licitador siguiente**, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

#### Adjudicación.

El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los **cinco días hábiles** siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

No podrá declararse **desierta** una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

La adjudicación deberá ser **motivada, se notificará** a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el **perfil** de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la **información** necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, **recurso** suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, con el contenido mínimo establecido en el artículo 135.4 LCSP.

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 137 LCSP.

En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su **formalización** conforme al artículo 140.3.

La notificación se hará por cualquiera de los **medios** que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar **rechazada la notificación**, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de **cinco días** (no de diez).

### **3. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.**

#### Remisión al reglamento en caso de valoración exclusiva del precio.

Según el artículo 136 LCSP, cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su **precio**, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan **reglamentariamente**, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Esos parámetros están establecidos con carácter general en el artículo 85 RGCAP, y de forma específica para el caso de presentación de distintas ofertas por parte de empresas de un mismo grupo en el 86 RGCAP.

#### Remisión a los pliegos en caso de valoración de más de un criterio.

Cuando para la adjudicación deba considerarse **más de un criterio** de valoración, podrá expresarse (no es obligatorio) en los **pliegos** los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (por ejemplo, plazos de entrega tan breves que resulte imposible su ejecución, de acuerdo con el estado de la técnica). Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse (de nuevo, no es obligatorio) en el pliego (no en el reglamento) los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.



Audiencia del licitador que presente la oferta desproporcionada o anormal.

Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse **audiencia** al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere a:

- El ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato.
- Las soluciones técnicas adoptadas.
- Las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación.
- La originalidad de las prestaciones propuestas.
- El respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o
- La posible obtención de una ayuda de Estado.

Solicitud de asesoramiento técnico del servicio.

En el procedimiento deberá solicitarse el **asesoramiento técnico del servicio** correspondiente.

Ayuda del Estado.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin **contravenir las disposiciones comunitarias** en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

Descarte por temeridad.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, **estimase que la oferta no puede ser cumplida** como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, **la excluirá** de la clasificación y acordará la **adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa**, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.



E) OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE EL RESULTADO DEL PROCEDIMIENTO.

### **1. Posibilidad de no publicar determinada información relativa a la adjudicación.**

De acuerdo con el artículo 137.2 LCSP, el órgano de contratación **podrá no comunicar** determinados datos relativos a la adjudicación:

1. Cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede:

- obstaculizar la **aplicación de una norma** (como la normativa de protección de datos),
- resultar contraria al **interés público** o
- perjudicar **intereses comerciales** legítimos de empresas públicas o privadas o la **competencia leal** entre ellas, o

2. Cuando se trate de contratos declarados **secretos** o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de **medidas de seguridad especiales** conforme a la legislación vigente, o

3. Cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la **seguridad del Estado** y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d.

### **2. Publicidad de la formalización de los contratos.**

#### Publicación en el perfil.

De acuerdo con el artículo 138 LCSP, la formalización de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a las cantidades indicadas en el artículo 122.3 (es decir, que no sean contratos menores) se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación indicando, como mínimo, los mismos datos mencionados en el anuncio de la adjudicación.

#### Publicación adicional en el BOE/CA/Provincia.

Deberá publicarse, además, en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha formalización, en un plazo no superior a **cuarenta y ocho días** (naturales) a contar desde la fecha de la misma:

- Cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros o,

- En el caso de contratos de gestión de servicios públicos, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicho importe o su plazo de duración exceda de cinco años.

Contratos SARA: Envío al DOUE y publicación en el BOE.

Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse, en el plazo señalado en el párrafo anterior, al DOUE y publicarse en el BOE.

Comunicación a la Comisión Europea de ciertos contratos de servicios.

En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía igual o superior a 193.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

Información no publicable.

En los casos a que se refiere el artículo anterior (137 LCSP), el órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación y formalización del contrato, justificándolo debidamente en el expediente.

### **3. Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.**

Renuncia.

Señala el artículo 139 LCSP que sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de **interés público** debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

Desistimiento.

El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una **infracción no subsanable** de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

Momento de adopción: Antes de la adjudicación.

La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación **antes de la adjudicación.**

#### Compensación de los gastos.

En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los **gastos** en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

#### Notificación.

En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.

### F) FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.

#### **1. Formalización en documento administrativo o escritura pública.**

De acuerdo con el artículo 140. LCSP, los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos.

#### **2. Respeto a los términos de la adjudicación.**

En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

En caso de discrepancia entre los pliegos y el documento o escritura contractual, prevalecen los pliegos (Informe del Consejo de Estado de 9 de abril de 1981, entre otros).

#### **3. Contratos menores.**

En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 122.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 95.

#### **4. Plazo de formalización.**

El artículo 140.3 LCSP prevé dos supuestos:

**1.** Si el contrato es **susceptible de recurso especial en materia de contratación** conforme al artículo 310.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran **quince días hábiles** desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a **cinco días (naturales)** a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

**2.** En los **restantes casos**, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los **quince días hábiles** siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 135.4 LCSP.

#### **5. Responsabilidad por falta de formalización.**

- Cuando por **causas imputables al adjudicatario** no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.

- Si las causas de la no formalización fueren **imputables a la Administración**, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

#### **6. Requisito previo para comenzar la ejecución, salvo emergencia.**

No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 97 LCSP (tramitación de emergencia).

#### **7. Perfección del contrato.**

Conviene recordar que, tras la modificación de la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la formalización recupera su carácter constitutivo,

en la medida en que el contrato nace (“se perfecciona”) con la **formalización** (artículo 27.1 LCSP), y no con la adjudicación (“definitiva”, de acuerdo con la nomenclatura que establecía la normativa anterior).

#### G) TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.

Además de las peculiaridades de los contratos **menores**, ya examinadas, pueden citarse los siguientes:

#### **1. El procedimiento abierto (artículos 141 a 145 LCSP).**

##### Delimitación.

En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

##### Características procedimentales.

En este procedimiento, los licitadores presentarán proposiciones en los plazos del artículo 143 LCSP.

El órgano competente para la valoración de las proposiciones, generalmente la llamada “**mesa de contratación**”, calificará la documentación presentada en el sobre A, y procederá posteriormente (en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas) a la apertura y examen de las proposiciones (sobres B), formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al **órgano de contratación**, para que éste, posteriormente, adjudique el contrato.

El TSJ de Galicia ha señalado que debe formularse una verdadera propuesta de adjudicación, no un simple “dictamen”, y que en todo caso, si el órgano de adjudicación no adjudica el contrato de acuerdo con las valoraciones efectuadas por el órgano competente para ello, debe motivar suficientemente su decisión (STSJ Galicia de 28 de junio de 2001).

##### Plazos de adjudicación.

Cuando el único criterio a considerar para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del **precio** (antigua “subasta”), la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una **pluralidad de criterios** (antiguo “concurso”), el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de

las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el artículo 136.3, por encontrarnos ante proposiciones desproporcionadas o anormales.

De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición.

## **2. El procedimiento restringido (artículos 146 a 152 LCSP).**

### Delimitación.

En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, **a su solicitud** y en atención a su **solvencia**, sean **seleccionados** por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

### Características procedimentales.

Los interesados deberán presentar **solicitudes de participación** en los plazos establecidos en el artículo 148 LCSP.

El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que **invitará**, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 151 LCSP.

El número mínimo de empresarios invitados no podrá ser inferior a cinco. Si lo estima procedente, el órgano de contratación puede fijar un máximo, indicándolo en el anuncio de licitación.

Sólo los empresarios invitados podrán presentar la proposición, en los plazos del artículo 151 LCSP.

En lo demás, se aplicará fundamentalmente lo establecido para el procedimiento abierto.

## **3. Procedimiento negociado (artículos 153 a 162 LCSP).**

### Delimitación.

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y **negociar** las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

#### Negociado con publicidad.

Según el artículo 161 LCSP, el órgano de contratación **deberá publicar un anuncio de licitación** en la forma prevista en el artículo 126 cuando se acuda al procedimiento negociado por concurrir las circunstancias previstas:

■ Supuestos generales:

- Por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes (artículo 154.a), o
- Cuando no pueda determinarse previamente el precio global del contrato (artículo 154.b).

■ Obras: Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento (artículo 155.a).

■ Servicios: Cuando no sea posible establecer las condiciones de la prestación con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido (artículo 158.a).

■ Por razón de la cuantía: Obras de valor inferior a un millón de euros pero superior a 200.000, contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 € pero superior a 60.000, y suministros, servicios y otros contratos de valor inferior a 100.000 € pero superior a 60.000.

#### Negociado sin publicidad.

Podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado **ofertas irregulares o inaceptables** en los procedimientos antecedentes, siempre que en la negociación **se incluya a todos los licitadores** que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y solo a ellos.

Lo mismo en el **resto de casos** no mencionados en el apartado anterior.

#### Supuestos de aplicación.

Mientras el órgano de contratación puede elegir entre procedimiento abierto o restringido, el negociado sólo puede seguirlo en los **casos** establecidos en los artículos 154 a 159 LCSP.

#### **4. Diálogo competitivo (artículos 163 a 167 LCSP).**

##### Delimitación.

En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un **diálogo** con los candidatos seleccionados, **previa solicitud** de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una **oferta**.

##### Supuestos de aplicación.

El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de **contratos particularmente complejos**, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato, como sucede, tal como señala la Directiva 2004/18/CE en su considerando 31, “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación”.

Los contratos de **colaboración** entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 154.a (presentación de proposiciones u ofertas económicas irregulares o inaceptables).

##### Características procedimentales.

Se sigue el procedimiento establecido en los artículos 147 a 149 LCSP para el **procedimiento restringido**, con la excepción de que en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a **tres**.

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las **soluciones** que puedan responder a sus necesidades.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su



**oferta final**, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo.

## **5. Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos (artículos 168 a 172).**

### Delimitación.

Son **concursos de proyectos** los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado.

### Características procedimentales.

Su principal característica es la existencia del **jurado**, formado por personas físicas independientes de los participantes en el concurso de proyectos, y que tendrá autonomía de decisión o de dictamen.

En lo no previsto por los artículo 168 a 172, el concurso de los proyectos se regirá por las disposiciones reguladoras de la contratación de servicios (régimen subsidiario).

**Ricardo José Durán Rodríguez**

### Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. y Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. y Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2<sup>o</sup> edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

# **25. EFECTOS DE LOS CONTRATOS. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN. RÉGIMEN DE INVALIDEZ Y RECURSOS.**

## **PARTE IV TEMA 25: EFECTOS DE LOS CONTRATOS. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN. RÉGIMEN DE INVALIDEZ Y RECURSOS.**

### **I. EFECTOS DE LOS CONTRATOS.**

#### **1. COMIENZO DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

##### **A) NECESIDAD DE FORMALIZACIÓN.**

De acuerdo con el artículo 140.5 LCSP, la fase de ejecución (también llamada “fase de efectos”) no puede comenzar sin la previa **formalización** del contrato, salvo en los caso de tramitación de emergencia (artículo 97 LCSP).

##### **B) LA EXCEPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA.**

En caso de adjudicación de contratos administrativos por la vía de emergencia, no es necesario tramitar expediente administrativo ni sujetarse a ningún requisito formal exigido en la LCSP, pero el artículo 97.1.e) sí que establece un límite, al señalar que “el plazo de **inicio de la ejecución** de las prestaciones no podrá ser superior a **un mes**, contado desde la adopción de la orden de ejecutar lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida. Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

#### **2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

El artículo 192 LCSP establece que “los efectos (la ejecución) de los contratos administrativos se registrarán:

- Por las **normas a que hace referencia el artículo 19.2** (en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado; no obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas) y
- Por los **pliegos** de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”

#### **3. VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATISTA AL CONTENIDO CONTRACTUAL.**

Según el artículo 193 LCSP, “los contratos **deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas**, sin perjuicio de las **prerrogativas** establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”.

El artículo 1.091 CC establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. En el ámbito de los contratos administrativos, la salvaguarda del **interés general** exige la introducción de excepciones a esta afirmación categórica del CC, y el **otorgamiento a la Administración de poderes especiales** que le permitan protegerlo. Estas prerrogativas de la Administración se compensarán con el **mantenimiento de la equivalencia económica** de las prestaciones, de tal manera que el ejercicio de estas prerrogativas no suponga un perjuicio económico para el contratista.

## **II. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN.**

### **1. MANIFESTACIÓN DE LA POTESTAD GENERAL DE AUTOTUTELA.**

Las prerrogativas, o privilegios, establecidos por la legislación en favor de las Administraciones Públicas en los **contratos administrativos** (no en los privados) son una **manifestación de la potestad general de autotutela**, de la que gozan en atención a su papel protector del interés público (artículo 103.1 CE).

### **2. ENUMERACIÓN Y DESGLOSE PARCIAL.**

El artículo 194 LCSP hace una **enumeración** de las prerrogativas de la Administración, al señalar que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de:

- Interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.
- Modificarlos por razones de interés público.
- Acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Esta enumeración, sin embargo, **no puede considerarse completa y cerrada**, pudiendo añadirse estas otras prerrogativas:

- Dirigir, inspeccionar y controlar la ejecución del contrato.
- Suspender el contrato.

En la medida en que la modificación, la suspensión y la resolución tienen un apartado propio, del resto puede decirse lo siguiente:

#### A) PRERROGATIVA DE DIRECCIÓN, INSPECCIÓN Y CONTROL.

La prerrogativa de dirección, inspección y control se trata, como señalan García de Enterría y T.R. Fernández, de un poder dirigido a conseguir la **correcta ejecución del contrato**, y no tanto a la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras. Se traduce en **instrucciones, órdenes y sanciones**, y se encuentra recogido en el artículo 213.1 y 2 LCSP para el contrato de obras, artículo 232.1.f) LCSP para el contrato de concesión de obra pública, artículo 255.2 LCSP para el contrato de gestión de servicios públicos, artículo 271 LCSP para el contrato de suministro de fabricación, y artículo 281.1 LCSP para el contrato de servicios.

#### B) PRERROGATIVA DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

El objetivo de esta prerrogativa es asegurar una **decisión que provisionalmente permita continuar** la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general (García de Enterría).

Los criterios interpretativos a seguir son los genéricos establecidos en los artículos 1.281 a 1.289 CC, con el matiz del interés público presente en los contratos administrativos.

### 3. PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO DE LAS PRERROGATIVAS.

Para ejercer estas prerrogativas, es necesaria la tramitación de un **procedimiento administrativo**, cuyas peculiaridades vienen reguladas en el artículo 195 LCSP, el cual señala que:

- En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la **interpretación, modificación y resolución** del contrato deberá darse **audiencia** al contratista.

- En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo **informe del Servicio Jurídico** correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 87 (constitución, reposición y reajuste de garantías) y 197 (resolución por demora).

- No obstante lo anterior, será preceptivo el **informe del Consejo de Estado** u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva (Consello Consultivo de Galicia) en los casos de:

- Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

- Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

El **contratista** debe **someterse** a las resoluciones dictadas por la Administración en ejercicio de estas prerrogativas, y en este sentido el artículo 195.4 LCSP señala que “los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”. Sin embargo, el contratista tiene la posibilidad de **impugnarlas** en vía administrativa o judicial, en caso de disconformidad.

### **III. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.**

#### **1. EJECUCIÓN DEFECTUOSA Y DEMORA.**

##### **A) PENALIDADES CONTRACTUALES.**

#### **1. Supuestos en los que cabe imponer penalidades.**

De acuerdo con el artículo 196 LCSP, los pliegos o el documento contractual podrán prever (no es obligatorio) **penalidades**:

- Para el caso de **cumplimiento defectuoso** de la prestación objeto del mismo, o

- Para el supuesto de **incumplimiento** de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 (**compromiso de adscripción** a la ejecución del contrato de los medios personales o materiales suficientes para ello) y 102.1 (**condiciones especiales de ejecución**, en especial, consideraciones de tipo medioambiental o social).

#### **2. Proporcionalidad y límite cuantitativo.**

Estas penalidades deberán ser **proporcionales** a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al **10 %** del presupuesto del contrato.

#### **3. Órgano competente para su adopción: El órgano de contratación.**

Las penalidades se impondrán por acuerdo del **órgano de contratación**, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo.

#### **4. Medios para hacer efectivas las penalidades.**

Estas penalidades **se harán efectivas**:

- Mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista, o
- Sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones (con lo que la LCSP da prioridad al medio anterior).

## B) INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN.

### 1. Obligación de cumplir tanto el plazo total como los parciales.

El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo **total** fijado para la realización del mismo, así como de los plazos **parciales** señalados para su ejecución sucesiva (por ejemplo, terminar el primer tramo de carretera en 6 meses).

### 2. Constitución en mora automática por el mero paso del tiempo fijado.

La constitución en mora del contratista **no precisará intimación previa** (requerimiento previo) por parte de la Administración (es decir, se produce de forma automática por el mero paso del tiempo fijado en el contrato).

### 3. Incumplimiento culpable del plazo total.

Cuando el contratista, por **causas imputables** al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo **total**, la Administración podrá optar indistintamente:

- Por la **resolución** del contrato, o
- Por la imposición de las **penalidades diarias** en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato (así, si el precio del contrato -importe de adjudicación- fuese de 2 millones de euros, la Administración podría imponer al contratista penalidades diarias de 400 €).

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el **pliego** de cláusulas administrativas particulares de unas **penalidades distintas** a las enumeradas en el párrafo anterior (por ejemplo, más severas, con penalidades diarias de 0,30 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato) cuando, atendiendo a las especiales características del contrato (por ejemplo, la imperiosa necesidad de acabar un estadio de atletismo antes del inicio de unas olimpiadas), se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.



Cada vez que las penalidades por demora alcancen un **múltiplo del 5 %** del precio del contrato (5%, 10%, 15%, etc.; en el supuesto antes visto de que el precio del contrato fuese de 2 millones de euros, sería el caso de que las penalidades acumuladas alcanzasen los 100.000 euros -5% de 2 millones-, o los 200.000 euros -10% de 2 millones-, o los 300.000 euros -15% de 2 millones-, etc.), el órgano de contratación estará facultado para:

- Proceder a la **resolución** del mismo, o
- Acordar la continuidad de su ejecución con imposición de **nuevas penalidades**.

#### **4. Incumplimiento de los plazos parciales.**

La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior (resolución o continuar con nuevas penalidades) respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos **parciales**:

- Cuando se hubiese previsto en el **pliego** de cláusulas administrativas particulares, o
- Cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la **imposibilidad de cumplir el plazo total**.

Cuando el contratista, por causas **imputables** al mismo, hubiere incumplido la ejecución **parcial** de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente:

- Por su resolución, o
- Por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

#### **5. Resolución del contrato por mora del contratista.**

En el supuesto a que se refiere el artículo 196 LCSP, si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el **órgano de contratación** o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que:

- La **audiencia** del contratista y,
- Cuando se formule oposición por parte de éste, el **dictamen del Consejo de Estado** u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

#### **6. Derecho del contratista a prorrogar el contrato en caso de mora no imputable.**

Si el retraso fuese producido por motivos **no imputables** al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole **prórroga** del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

## **2. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.**

### **A) OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DEL CONTRATISTA.**

Señala el artículo 198 LCSP, que será obligación del **contratista** indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

### **B) OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DE LA ADMINISTRACIÓN.**

#### **1. Orden de la Administración.**

Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una **orden** de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes.

#### **2. Vicios del proyecto elaborado por la Administración.**

También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los **vicios del proyecto** elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

### **C) POSIBILIDAD DE REQUERIMIENTO PREVIO EN EL PLAZO DE UN AÑO.**

Los terceros (por ejemplo, el propietario de un coche sobre el que ha caído una grúa del contratista) **podrán requerir** previamente, dentro del **año** siguiente a la producción del hecho, **al órgano de contratación** para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes (Administración o contratista) corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

### **D) PROCEDIMIENTO.**

La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

## **3. PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA.**

## A) EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA COMO REGLA GENERAL.

De acuerdo con el artículo 199 LCSP, “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

El principio de riesgo y ventura viene a establecer la **obligación del contratista de asumir el resultado económico del contrato**, de tal manera que si una mala elección de trabajadores provoca retrasos injustificados, o si en su oferta redujo tanto el precio que al final comprueba que el contrato no le ha reportado beneficios (o que incluso le ha acarreado pérdidas), no podrá exigir por ello indemnización alguna a la Administración, la cuál no garantiza en ningún modo un beneficio económico para el contratista.

No respetar este principio supondría un fraude a las garantías presentes en la fase de adjudicación del contrato, iría en contra de la seguridad jurídica, y ocasionaría una lesión notable de los intereses de la Hacienda Pública, por lo que cualquier excepción debe estar muy justificada.

## B) EXCEPCIONES.

Son excepciones al principio de riesgo y ventura que el ordenamiento jurídico ha entendido como justificadas todas las **técnicas de mantenimiento del equilibrio económico** del contrato, entre las que se encuentran:

- Las obligaciones de indemnizar al contratista por el ejercicio de ciertas prerrogativas de la Administración (que se verán más adelante).
- La revisión de precios (ya examinada).
- Las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el privado (artículo 11 LCSP).
- La fuerza mayor.
- El *factum principis*.
- La teoría del riesgo impredecible.

Con respecto a estas tres últimas excepciones al principio de riesgo y ventura puede apuntarse lo siguiente:

### 1. La fuerza mayor.

El artículo 214 LCSP, relativo a los contratos de **obras**, señala que “en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente

por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido”.

En cuanto a definición de lo que ha de entenderse por “**fuerza mayor**”, el apartado 2 de este artículo 214 LCSP señala que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

En estos casos, se comprueba que la fuerza mayor es inevitable, insuperable e irresistible, y tiene un origen externo y extraño a la actividad del contratista. Si la Administración no atendiera a los daños sufridos en estos supuestos, el contratista diligente tendría que firmar un contrato de seguro con una compañía aseguradora para evitar estos riesgos (piénsese que la destrucción por un terremoto de una presa a medio construir podría suponer la ruina de la empresa constructora). Los gastos de la póliza de seguro los tendría que repercutir en los precios de su oferta, con lo que, indirectamente, sería la Administración la que estaría pagando esos gastos de cobertura de riesgos. En vez de atender esos gastos en cada uno de los miles de contratos de obras que celebran las Administraciones, el ordenamiento prevé que sea la Administración la que indemnice al contratista en los supuestos de fuerza mayor, lo que económicamente le saldrá mucho más rentable, en la medida en que las primas de estos contratos de seguro son muy altas, mientras que las posibilidades de que se den estos supuestos extraordinarios son relativamente bajas.

El artículo 225 LCSP contiene previsiones semejantes sobre la fuerza mayor referidas al contrato de **concesión de obras públicas**, con particularidades relativas a la posibilidad de prórroga y ajuste del plan económico-financiero, si se viese afectado por la fuerza mayor.

En los contratos de **suministro de fabricación**, que son aquellos por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos, el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 267 LCSP, puede establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que se le apliquen las normas sobre la fuerza mayor del contrato de obras.

En el **resto de contratos**, no opera la excepción de fuerza mayor frente al principio de riesgo y ventura del contratista.

## **2. Factum principis.**

Como señala Santamaría Pastor, si el órgano de contratación toma una decisión directamente encaminada a modificar el contrato, estaremos ante el ejercicio de la prerrogativa de modificación del contrato, pero si el órgano de contratación u otro órgano de la Administración contratante **adopta una medida de cualquier tipo que, sin referirse específicamente al contrato, altera sus términos, provocando una mayor onerosidad, una dificultad especial generadora de gastos, o la imposibilidad de ejecutar el contrato**, estaremos ante un *factum principis* que obliga a la Administración a indemnizar al contratista.

Martín Oviedo y Presedo Rey enumeran como requisitos del *factum principis*:

- Que la actuación causante del perjuicio derive **de un órgano de la propia Administración contratante**.

- Que el perjuicio se cause por una **actuación fundada en el poder general de imperium de la Administración**, como podría ser la decisión de cerrar temporalmente las fronteras, que impide la importación de productos a suministrar a la Administración.

- Que se cause al contratista un **daño o perjuicio cierto y especial**.

- Que **no existan otros mecanismos de resarcimiento** del daño en el seno de la relación contractual existente (como la revisión de precios) o éstos resulten insuficientes (por ejemplo, por haberse pactado la no revisión de los precios, o porque no haya transcurrido más de un año, o no se haya ejecutado todavía el 20% del presupuestos del contrato, que son requisitos generales que establece el artículo 77 LCSP para que proceda la revisión de precios).

- Por el contrario, **no** es necesario que el perjuicio económico tenga una **especial relevancia** o supere un **mínimo**.

La LCSP no recoge expresamente esta figura del *factum principis*, salvo la alusión del artículo 262.d), referido al contrato de gestión de servicio público (es causa de resolución del contrato “la imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato”), pero puede deducirse del principio general de **responsabilidad extracontractual** del artículo 106.2 CE.

A pesar de tener un fundamento extracontractual, el *factum principis* **se liquida en el seno del propio contrato que resulte afectado**, entendiendo Martín Oviedo y Presedo Rey que es razonable admitir reclamaciones en esta materia hasta que haya devenido firme la recepción y liquidación del contrato.

### **3. El riesgo imprevisible.**

En este caso, como señala Santamaría Pastor, estamos ante “actuaciones o medidas adoptadas **por otro ente público distinto del contratante, por otro Estado, o incluso por el acaecimiento de un cambio profundo en las circunstancias económicas, políticas o sociales** de orden general, internas o internacionales, imprevistas e imprevisibles en el momento de conclusión del contrato”, que provocan “una subversión de facto de la base del negocio, de los presupuestos económicos sobre los que se asentaba, haciendo extraordinariamente oneroso su incumplimiento o incluso inviable en términos económicos”.

El mejor ejemplo lo aporta el fallo de 30 de marzo de 1916 dictado por el **Consejo de Estado francés (arrêt Gaz de Bordeaux)**, primero en acoger esta figura del riesgo imprevisible: El municipio de Bordeaux contrató a una empresa para que prestase el servicio público de alumbrado y distribución de gas, que se obtenía a partir del carbón. En el contrato se había fijado una correlación entre el precio del gas y el del carbón, pero con un máximo en el precio del gas que no podría rebasarse por mucho que subiese el precio del carbón. Al comenzar la Primera Guerra Mundial en 1914, los precios del carbón se dispararon hasta superar todo lo imaginable, y el tope fijado en el contrato impidió que el precio del gas pudiera corresponderse con el del carbón. Como resultado, la empresa concesionaria amenazó quiebra y la consiguiente interrupción en la prestación del servicio público, lo que abocaría en última instancia a un nuevo contrato con una nueva empresa a precios actualizados. Para evitar esta situación, la empresa concesionaria solicitó al municipio una indemnización que compensara la subida del carbón. La negativa del municipio de Bordeaux provocó el recurso de la empresa concesionaria y el correspondiente fallo del Consejo de Estado francés, favorable a sus pretensiones, que recogió la tesis del riesgo imprevisible.

Con carácter general, para que un acontecimiento pueda considerarse indemnizable por riesgo imprevisible, deben reunirse los siguientes **requisitos**:

- Debe tratarse de un acontecimiento **improbable, extraordinario y no imputable al contratista ni a la Administración contratante**.

- El trastorno económico provocado debe ser realmente **grave**.

- Debe darse la circunstancia de que la **revisión de los precios** o cualquier otro medio de reequilibrio económico previsto por el ordenamiento jurídico resulte **insuficiente** para lograr dicho reequilibrio.

En caso de cumplirse estos requisitos, la teoría del riesgo **podrá beneficiar al contratista o a la Administración**, según cuál haya sido la parte perjudicada, y en todo caso, **ambas partes deben coparticipar en las consecuencias negativas** del cambio de circunstancias, sin que todas ellas puedan recaer en una sola.

#### **4. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE PAGO DEL PRECIO AL CONTRATISTA.**

La obligación de pago viene reflejada en el artículo 200 LCSP:

##### **A) DERECHO AL ABONO DE LA PRESTACIÓN.**

El contratista tendrá **derecho al abono** de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

##### **B) FORMAS DE PAGO.**

El pago del precio podrá hacerse de manera **total** (es la excepción) o **parcial** (es la regla) mediante abonos a cuenta (anticipos que no suponen visto bueno de lo ejecutado por el contratista) o, en el caso de contratos de tracto sucesivo (como un arrendamiento), mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado (por ejemplo, mensualidades).

##### **C) OPERACIONES PREPARATORIAS.**

El contratista tendrá también derecho a percibir **abonos a cuenta** (como se ha dicho, anticipos de la Administración al contratista) por el importe de las **operaciones preparatorias** de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía. Estos adelantos tienen como finalidad facilitar la financiación del contratista antes de comenzar la ejecución de la obra (por ejemplo, para la compra de materiales de construcción).

##### **D) PLAZO DEL PAGO.**

#### **1. Regla general: 30 días.**



La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los **treinta días** siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 205.4 (plazo de un mes para abonar el saldo de la liquidación del contrato, salvo en el contrato de obras, que son 60 días).

Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación (artículo 200.4 LCSP).

## **2. Mora de la Administración en el pago.**

### Intereses de demora e indemnización por los costes de cobro.

Si la Administración se demora, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los **intereses de demora** y la **indemnización por los costes de cobro** en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (artículo 200.4 LCSP).

### Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas.

Transcurridos el plazo de 30 días antes señalado, los contratistas podrán **reclamar por escrito a la Administración** contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora.

Si, transcurrido el plazo de **un mes**, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago (silencio positivo) y los interesados podrán formular **recurso contencioso-administrativo contra la inactividad** de la Administración, pudiendo **solicitar como medida cautelar el pago** inmediato de la deuda.

El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro (artículo 200 bis LCSP).



Mora superior a cuatro meses: Facultad de suspensión del contrato.

Si la demora en el pago fuese **superior a cuatro meses**, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley (artículo 200.5 LCSP).

Mora superior a ocho meses: Facultad añadida de resolución y resarcimiento de perjuicios.

Si la demora de la Administración fuese **superior a ocho meses**, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

Las Comunidades Autónomas podrán reducir los plazos referidos de treinta días, cuatro meses y ocho meses, antes mencionados (artículo 200.6 LCSP).

**E) EMBARGO DE LOS ABONOS A CUENTA.**

Los abonos a cuenta (anticipos, como se dijo, que entrega la Administración al contratista), por un lado, **no suponen la aprobación** de lo ejecutado por el contratista (por lo que el contratista podría tener que devolver todo o parte, en caso de mala ejecución), y por otro, tienen su razón de ser en que el contratista vaya pagando a sus **trabajadores, subcontratistas y suministradores de material** mientras no termina de ejecutar el contrato.

Por este motivo, el artículo 200.7 LCSP establece que, sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, solo podrán ser **embargados**, precisamente:

a. Para el pago de los **salarios** devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.

b. Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los **subcontratistas y suministradores** referidas a la ejecución del contrato.

**IV. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.**

## **1. POTESTAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.**

La potestad de modificación del contrato (*ius variandi*) es una de las prerrogativas de la Administración mencionada en el artículo 194 LCSP.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha reformado la regulación de esta potestad en la LCSP, “de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 % el precio inicial del contrato”, tal como reza su Exposición de Motivos.

De acuerdo con este espíritu, el artículo 202 establece que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I (artículos 92 bis a 92 quinquies), y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 195 (ya examinado).

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

Además, las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140.

## **2. SUPUESTOS EN QUE CABE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.**

### **A) PRINCIPIO GENERAL.**

Los contratos del sector público sólo podrán modificarse:

- Cuando así se haya previsto:
  - En los **pliegos** o
  - En el **anuncio de licitación** o
- En los casos y con los límites establecidos en el **artículo 92 quáter** (referido a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, y que se verá más adelante).

En cualesquiera **otros supuestos**, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la **resolución** del contrato en vigor y a la celebración de **otro** bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

### **B) SUPUESTOS NO CONSIDERADOS TÉCNICAMENTE “MODIFICACIÓN DEL CONTRATO”.**

La LCSP no considera técnicamente “modificación del contrato” la sucesión en la persona del contratista, la cesión del contrato, la revisión de precios y la prórroga del plazo de ejecución, y los excluye del principio general antes comentado.

#### C) FINALIDADES PROHIBIDAS.

El artículo 92 bis.2 señala que la modificación del contrato **no** podrá realizarse con el **fin** de:

- Adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas.
- Ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o
- Incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

En estos supuestos, deberá procederse a una **nueva contratación** de la prestación correspondiente.

### **3. MODIFICACIONES PREVISTAS EN LOS PLIEGOS O EN EL ANUNCIO DE LICITACIÓN.**

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los **pliegos** o en el **anuncio de licitación**:

- Se haya **advertido** expresamente de esta posibilidad y
- Se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca:
  - Las **condiciones** en que podrá hacerse uso de la misma,
  - El **alcance** y **límites** de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y
  - El **procedimiento** que haya de seguirse para ello.

### **4. MODIFICACIONES NO PREVISTA EN LOS PLIEGOS O EN EL ANUNCIO DE LICITACIÓN.**

#### A) SUPUESTOS PERMITIDOS.

Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando **se justifique** suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a. **Inadecuación de la prestación** contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b. **Inadecuación del proyecto** o de las **especificaciones** de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c. **Fuerza mayor o caso fortuito** que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d. Conveniencia de incorporar a la prestación **avances técnicos** que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e. Necesidad de ajustar la prestación a **especificaciones técnicas**, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad **aprobadas con posterioridad** a la adjudicación del contrato.

B) LÍMITE: LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES ESENCIALES DE LA LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN.

La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo **no podrá alterar las condiciones esenciales** de la licitación y adjudicación (como la modificación del contrato que iguale o exceda, en más o en menos el 10% del precio de adjudicación del contrato, como señala, entre otros supuestos, el artículo 92 quáter.3 LCSP), y deberá limitarse a introducir las **variaciones estrictamente indispensables** para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

## **5. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN.**

A) PROCEDIMIENTO DE LAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN LOS PLIEGOS O EN EL ANUNCIO DE LICITACIÓN.

De acuerdo con el artículo 92 quinquies, en este supuesto, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el **anuncio** o en los **pliegos**.

B) PROCEDIMIENTO DE LAS MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN LOS PLIEGOS O EN EL ANUNCIO DE LICITACIÓN.

En estos casos, antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse **audiencia al redactor** del proyecto o de las especificaciones

técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un **tercero** ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

#### C) APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO GENERAL DE EJERCICIO DE PRERROGATIVAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 195 LCSP.

Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo **195 LCSP** para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos.

### **6. PROHIBICIÓN DE LOS REFORMADOS ANTICIPADOS.**

Están prohibidos los **reformados anticipados**, es decir, la introducción de modificaciones en el contrato antes de que el órgano de contratación las apruebe, y tampoco cabe tramitar procedimientos de modificación para regularizar modificaciones de facto ya efectuadas (Informe del Consejo de Estado 49/1994, de 21 de abril).

El Tribunal Supremo ha señalado que en los casos en que el contratista **introduzca de hecho modificaciones** en la ejecución del contrato por orden, expresa o tácita, de la Administración, o en casos en que esa modificación es absolutamente necesaria, la Administración tiene obligación de pagar esas modificaciones en el caso de que le supongan un “enriquecimiento injusto” (STS de 28 de marzo de 2005, entre otras). En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, esas modificaciones irregulares **se convalidan** por el Consello de la Xunta a través del artículo 102 del Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia.

### **7. COMPENSACIÓN AL CONTRATISTA POR LAS MODIFICACIONES.**

De acuerdo con el principio de garantía del equilibrio económico del contrato, la Administración tiene el deber de compensar al contratista las modificaciones que supongan una alteración económica del contrato. La indemnización tendrá un carácter integral, incluyendo, siempre que resulten probados, tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 241 y 268 LCSP). García de Enterría y T.R. Fernández advierten de que el criterio de incluir el lucro cesante se rompe en los contratos de obra, ya que el artículo 217.1 LCSP lo niega en casos en que la modificación suponga reducción o supresión de unidades de obra. Igual caso se da en el artículo 272 LCSP con respecto a los contratos de suministro.

### **8. SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS.**

El artículo **203** LCSP hace alusión a la prerrogativa de suspensión de los contratos administrativos por la Administración (que parte de la doctrina considera una modalidad del *ius variandi*) al establecer, en su apartado uno, que “si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 200, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél”.

Por tanto, también el **contratista** puede solicitar la suspensión (en el caso de demora de la Administración en el pago superior a cuatro meses, con preaviso de un mes, artículo 200.5 LCSP), pero no como una prerrogativa que el ordenamiento jurídico le concede en atención al interés público, sino como mecanismo de defensa ante un incumplimiento de la Administración.

En ambos casos, la suspensión se debe, en última instancia, a la actividad (decisión propia) o inactividad (falta de pago por plazo superior a cuatro meses) de la Administración, por lo que el artículo 203.2 LCSP señala que “acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los **daños y perjuicios** efectivamente sufridos por éste”.

Como los daños y perjuicios derivan de una relación contractual, el plazo para exigirlos es de **4 años** (artículo 25 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), a contar desde que la suspensión se levanta.

En los contratos de obras, suministros y servicios, el contratista tiene **derecho a resolver** el contrato cuando la suspensión supera determinado periodo de tiempo (seis meses, ocho meses o un año, según los casos, salvo en ciertos supuestos en que el pliego pueda establecer otro plazo menor).

## **V. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.**

Tal como indica el artículo 204 LCSP, “los contratos se extinguirán por **cumplimiento** o por **resolución**”. A estos dos supuestos, la doctrina añade la extinción por **invalidez** del contrato.

### **1. CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.**

#### **A) CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO.**

Conforme al artículo 205.1 LCSP, el contrato se entenderá **cumplido** por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la **totalidad de la prestación**.

## B) RECEPCIÓN O CONFORMIDAD.

En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de **recepción o conformidad** (un “visto bueno” a lo ejecutado por el contratista) en los siguientes plazos:

- Dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o
- En el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características.

A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión.

## C) PLAZO DE GARANTÍA.

En los contratos se fijará un **plazo de garantía** (que es un periodo de tiempo de que dispone la Administración para advertir vicios o defectos en la obra, suministro o servicio realizado) a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley (como en el caso de vicios ocultos en el contrato de obras, que será de 15 años a contar desde la recepción, artículo 219 LCSP) o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

Se **exceptúan** del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario (como los sondeos o prospecciones que hayan resultado infructuosas, o los dragados), lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego.

## D) LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 218 LCSP, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y ser notificada al contratista la **liquidación** correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante (con lo que la liquidación viene a suponer “zanjar las cuentas” entre Administración y contratista).

Si se produjera **demora** en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley



3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En los contratos de **obra** (artículo 218 LCSP), dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, se procederá a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes.

## **2. RESOLUCIÓN.**

### **A) CAUSAS DE RESOLUCIÓN.**

De acuerdo con el artículo 206 LCSP, son causas de resolución del contrato:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del **contratista individual** o la extinción de la personalidad jurídica de la **sociedad contratista**, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis (que regula los supuestos de sucesión del contratista).

b) La declaración de **concurso** (que se corresponde con lo que hasta la Ley Concursal era la quiebra y la suspensión de pagos) o la declaración de **insolvencia** en cualquier otro procedimiento (por ejemplo, por imposibilidad de pago de una sanción administrativa).

c) El **mutuo acuerdo** entre la Administración y el contratista.

d) La **demora** en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96 (15 días hábiles para iniciar la ejecución del contrato, contados desde la formalización, en caso de tramitación de urgencia).

e) La **demora en el pago** por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 (8 meses), o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8 (por parte de las Comunidades Autónomas).

f) El incumplimiento de las **restantes obligaciones contractuales esenciales**, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La **imposibilidad** de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una **lesión grave** al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos



términos, cuando **no sea posible modificar** el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I (artículos 92 bis a 92 quinquies).

h) Las establecidas expresamente en el **contrato**.

i) Las que se señalen **específicamente para cada categoría de contrato** en la LCSP.

**B) APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.**

### **1. Necesidad de procedimiento.**

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el **procedimiento** que se establezca en las normas de desarrollo de la LCSP (artículo 109 RGCAP).

### **2. Resolución obligatoria u opcional.**

La declaración de **insolvencia** en cualquier procedimiento y, en caso de **concurso**, la apertura de la **fase de liquidación**, darán **siempre** lugar a la resolución del contrato.

En los **restantes casos**, la resolución **podrá instarse** por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 (que señala que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en la LCSP).

### **3. Muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual.**

Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus **herederos** o **sucesores**.

### **4. Resolución por mutuo acuerdo.**

La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando **no concurra otra causa de resolución** que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

### **5. Concurso, antes de la apertura de la fase de liquidación.**

En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación (que supone ya la enajenación de los bienes en pago de las deudas del concursado), la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las **garantías suficientes** a juicio de aquélla para su ejecución.

## **6. Demora.**

En el supuesto de demora a que se refiere la letra e) del artículo 206 LCSP, si las **penalidades** a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un **múltiplo del 5 %** del importe del contrato, se estará a lo dispuesto en el artículo 196.5 LCSP (órgano de contratación estará facultado para proceder a la **resolución** del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de **nuevas penalidades**).

## **7. Resolución por incumplimientos de la Administración.**

Como antes se indicó, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en la LCSP (como la demora en el pago por plazo superior a ocho meses, artículo 200.6 LCSP).

### **C) EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.**

#### **1. Resolución por mutuo acuerdo.**

Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo **validamente estipulado** por ellas.

#### **2. Daños y perjuicios por incumplimiento de la Administración.**

El **incumplimiento por parte de la Administración** de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los **daños y perjuicios** que por tal causa se irroguen al contratista.

#### **3. Daños y perjuicios por incumplimiento culpable del contratista.**

Cuando el contrato se resuelva por **incumplimiento culpable del contratista**, éste deberá indemnizar a la Administración los **daños y perjuicios** ocasionados.

La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la

subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

#### **4. Indemnización del 3% en caso de resolución del artículo 206.g).**

Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la **letra g)** del artículo **206** (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato), el contratista tendrá derecho a una **indemnización** del **3 %** del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

## **VI. CESIÓN DE LOS CONTRATOS Y SUBCONTRATACIÓN.**

### **1. CESIÓN DE LOS CONTRATOS.**

Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato **podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero** siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato (como en el caso en que se hubiese contratado a un científico por sus vastos conocimientos en una determinada materia).

Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes **requisitos**:

- a. Que el órgano de contratación **autorice**, de forma previa y expresa, la cesión.
- b. Que el cedente tenga **ejecutado** al menos un 20 % del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.
- c. Que el cesionario tenga **capacidad** para contratar con la Administración y la **solvencia** que resulte exigible, debiendo estar debidamente **clasificado** si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de **prohibición de contratar**.
- d. Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en **escritura pública**.

El cesionario quedará **subrogado** en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente (pasa a ocupar la posición del cedente en todos sus derechos y obligaciones, por ejemplo, en sus derechos de cobro frente a la Administración).

## **2. SUBCONTRATACIÓN.**

### **A) PRINCIPIO GENERAL Y LÍMITES.**

De acuerdo con el artículo 210 LCSP, el contratista **podrá concertar con terceros la realización parcial** (no total, pues en ese caso estaríamos ante una cesión) de la prestación, **salvo** que:

- El contrato o los pliegos dispongan lo contrario, o
- Que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

Podría ser ejemplo de subcontratación la que hiciese una empresa constructora de una autopista con respecto a los jardines de las medianas, que podrían ser subcontratados a una empresa de jardinería.

### **B) REQUISITOS DE LA SUBCONTRATACIÓN.**

Los requisitos de la subcontratación pueden **resumirse** en los siguientes puntos:

- En todo caso, el adjudicatario deberá **comunicar** anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos (por tanto, como criterio general, no se requiere autorización del órgano de contratación, a diferencia de la cesión del contrato).

- Sin embargo, la subcontratación requerirá siempre **autorización expresa** del órgano de contratación (excepción al criterio general) en los contratos de carácter **secreto** o **reservado**, o en aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de **medidas de seguridad especiales** de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la **seguridad del Estado**.

- No se podrá subcontratar más del **60%** del importe de adjudicación, salvo que el pliego lo permita.

- Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la **oferta** la **parte** del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el **nombre o el perfil empresarial**, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. En caso de alteración de estos datos, como principio general, deberá notificarse dicha circunstancia y esperar al transcurso de un plazo de 20 días (naturales) antes de celebrar los subcontratos.

#### C) PENALIDADES DE HASTA EL 50% DEL IMPORTE DEL SUBCONTRATO.

Podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una **penalidad** de hasta un 50 % del importe del subcontrato:

- La **infracción** de las condiciones para proceder a la subcontratación.

- La **falta de acreditación**:

- De la **aptitud** del subcontratista, o
  - De las circunstancias determinantes de la situación de **emergencia** o de las que hacen **urgente** la subcontratación (en su caso).

#### D) RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA PRINCIPAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN POR LA ACTUACIÓN DE LOS SUBCONTRATISTAS.

Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el **contratista principal** que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato (incluida la parte realizada por los subcontratistas) frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

#### E) PROHIBICIÓN DE SUBCONTRATACIÓN CON PERSONAS QUE INCURRAN EN PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR.

En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo **49 LCSP** (prohibiciones para contratar).

#### F) INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

El contratista deberá informar a los **representantes de los trabajadores** de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

#### G) IMPOSICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SUBCONTRATAR.

Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el **anuncio** o en los **pliegos**, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del **50 %** del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una **sustantividad propia** dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada (por ejemplo, la construcción de un túnel por el que pasará la carretera adjudicada), por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada

habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán **condiciones especiales de ejecución** del contrato a los efectos previstos en los artículos 196.1 (penalidades) y 206.g (realmente parece referirse a la letra f, que señala como causa de resolución las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato).

#### H) PAGOS A SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES.

El artículo 211 LCSP señala que el contratista (adjudicatario) debe obligarse a **abonar** a los subcontratistas o suministradores (como, por ejemplo, los suministradores de materiales para una obra) el precio pactado en plazos que no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 (**30 días**) para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador (para lo cual el adjudicatario dispone de un plazo también de 30 días desde la emisión de la factura por parte del subcontratista o suministrador), con indicación de su fecha y del período a que corresponda.

### VII. RÉGIMEN DE INVALIDEZ Y RECURSOS.

#### 1. SUPUESTOS DE INVALIDEZ.

De acuerdo con el artículo 31 LCSP, además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su **clausulado**, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos (nulos o anulables) cuando lo sea alguno de sus **actos preparatorios** o el de **adjudicación**, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

#### A) CAUSAS DE INVALIDEZ DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

##### 1. Causas de nulidad de derecho administrativo.

Conforme el artículo 32 LCSP, son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

a.- Las indicadas en el artículo **62.1** de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre.

b.- La falta de **capacidad de obrar** o de **solvencia** económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las **prohibiciones para contratar** señaladas en el artículo 49.

c.- La carencia o insuficiencia de **crédito**, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, **salvo** los supuestos de **emergencia**.

## **2. Supuestos especiales de nulidad**

El artículo 37 LCSP, tras la redacción de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, prevé supuestos especiales de nulidad:

- Para los **contratos sujetos a regulación armonizada** a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley, y
- Para los contratos de **servicios** comprendidos en las **categorías 17 a 27** del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.

## **3. Causas de anulabilidad de derecho administrativo.**

De acuerdo con el artículo 33 LCSP, son causas de anulabilidad de derecho administrativo las **demás infracciones del ordenamiento jurídico** y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

### **B) CAUSAS DE INVALIDEZ DE DERECHO CIVIL.**

Según el artículo 36 LCSP, la invalidez (nulidad y anulabilidad) de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 31, se sujetará a los **requisitos** y **plazos** de ejercicio de las acciones establecidos en el **ordenamiento civil**, pero el **procedimiento** para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los **actos y contratos administrativos anulables**.

Aunque la clasificación contiene numerosas excepciones o comentarios, siguiendo a Martín Oviedo y a Presedo Rey, podemos distinguir las siguientes causas de invalidez de derecho civil:

### **1. Causas de nulidad de derecho civil.**

a.- La falta de **consentimiento** (por ejemplo, el contratista no ha presentado oferta, y aun así, se le adjudica el contrato).



b.- El carácter imposible, ilícito o indeterminado del **objeto** del contrato (se contrata al contratista para construir un estadio de fútbol en el planeta Mercurio).

c.- La inexistencia o ilicitud de la **causa** (se contrata a un ladrón para que robe un Picasso).

d.- La contravención de una **Ley** imperativa o del orden público (se contrata al contratista para la construcción de una edificación que vulnera la Ley de Costas).

e.- La insuficiencia de **poder** del firmante de la proposición (una persona contrata en nombre de otra de la que no tiene autorización o representación legal).

## **2. Causas de anulabilidad de derecho civil.**

a.- La falta de **capacidad natural** del licitador (es decir, merma de facultades mentales de personas físicas no incapacitadas, causada, por ejemplo, por embriaguez o por enajenación mental transitoria ).

b.- El **error, dolo** (engaño), **violencia** o **intimidación**.

## **2. REVISIÓN DE OFICIO.**

### **A) RÉGIMEN JURÍDICO.**

La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículos 102 a 106 de dicha Ley).

### **B) ÓRGANO COMPETENTE.**

Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el **órgano de contratación**, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el



órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de **contratos subvencionados**, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida.

#### C) DELEGACIÓN DE LA COMPETENCIA PARA DECLARAR LA NULIDAD O LA LESIVIDAD.

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad **se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar**.

No obstante, la facultad de acordar una **indemnización** por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante.

#### D) SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.

En los supuestos de nulidad y anulabilidad, y en relación con la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 104 de esta Ley, que señala que, iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación).

### 3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.

#### A) NULIDAD DE ACTOS PREPARATORIOS O DE ADJUDICACIÓN.

De acuerdo con el artículo 35 LCSP, la declaración de nulidad de los actos **preparatorios** del contrato o de la **adjudicación**, cuando sea firme, **llevará en todo caso consigo la del mismo contrato**, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

#### B) NULIDAD DEL RESTO DE ACTOS.

La nulidad de los actos que no sean preparatorios (o de adjudicación) **sólo afectará a éstos y sus consecuencias** (por ejemplo, la declaración de nulidad de la modificación de un contrato -fase de ejecución-, no supondría la nulidad de éste, sino la nulidad de la modificación misma).

#### C) CONTINUACIÓN DE LOS EFECTOS POR GRAVE TRASTORNO AL SERVICIO PÚBLICO.

Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público (por ejemplo, la interrupción del servicio público de transporte urbano por declaración de nulidad del contrato de gestión de servicio público con la empresa transportista), podrá disponerse en el mismo acuerdo la **continuación** de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

#### D) SUPUESTOS ESPECIALES.

La declaración de nulidad en los supuestos especiales de nulidad contractual antes vistos (respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada y contratos servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros), producirá, como principio general, los efectos del artículo 35.1 LCSP antes examinado.

Sin embargo, el órgano competente para declarar la nulidad **podrá no declararla** y acordar el **mantenimiento** de los efectos del contrato, si, atendiendo las circunstancias excepcionales que concurran, considera que existen **razones imperiosas de interés general** que lo exijan. Además, en este caso, la declaración de nulidad deberá sustituirse por ciertas **sanciones alternativas** (todo ello, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario que corresponda imponer al responsable de las infracciones legales).

### 4. RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

#### A) RÉGIMEN ESPECIAL EN RELACIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE.

Tras la modificación de la LCSP efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, el **Libro VI** añadido (artículos 310 a 320 LCSP) regula el “régimen de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”, sustituyendo en cuanto al contenido a los anteriores artículos 36 a 39.

Supone un régimen específico de recurso administrativo que busca **mayor rapidez** en la interposición y resolución del recurso, y que sólo puede interponerse **contra determinados actos de determinados tipos de contratos**, y siempre que no se tramite el procedimiento por vía de emergencia.

La **preferencia** del recurso especial sobre los ordinarios de la Ley 30/1992 viene establecida en el artículo 310.5 LCSP, que señala que no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista para las Comunidades Autónomas, que pueden prever la interposición de recurso administrativo previo al especial contemplado en el artículo 310.

En el **resto de casos**, habrá que estar al **régimen general** previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

En todo caso, no hay que olvidar que el recurso especial tiene carácter **potestativo** ("opcional"), en la medida en que para llegar a los Tribunales, a través de un recurso contencioso-administrativo, no es necesario interponer previamente el recurso especial en materia de contratación.

#### B) TIPOS DE CONTRATOS EN LOS QUE CABE EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA E CONTRATOS.

Cabe recurso especial en materia de contratación contra ciertos actos de los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de **poderes adjudicadores**:

**a)** Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, **sujetos a regulación armonizada**.

**b)** Contratos de **servicios** comprendidos en las categorías **17 a 27** del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a **193.000 euros** y

**c)** Contratos de **gestión de servicios públicos** en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a **500.000 euros** y el plazo de duración superior a **cinco años**.

Serán también susceptibles de este recurso los **contratos subvencionados** a que se refiere el artículo 17.

### C) ACTOS RECURRIBLES.

No todos los actos de los contratos citados pueden ser objeto de este recurso especial, sino sólo los siguientes:

**a)** Los **anuncios de licitación**, los **pliegos** y los documentos contractuales que establezcan las **condiciones** que deban regir la contratación,

**b)** Los **actos de trámite** adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos **decidan** directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la **imposibilidad de continuar** el procedimiento o produzcan **indefensión o perjuicio irreparable** a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

**c)** Los acuerdos de **adjudicación** adoptados por los poderes adjudicadores.

### D) ÓRGANO COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.

En el ámbito de la **Administración General del Estado**, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un **órgano especializado** que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Este Tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo 310 contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

A estos efectos se crea el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales.

En el ámbito de las **Comunidades Autónomas**, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo la competencia para resolver los recursos será establecida por sus **normas respectivas**, debiendo crear un **órgano independiente**.

En el ámbito de las **Corporaciones Locales**, la competencia para resolver los recursos será establecida por las **normas de las Comunidades Autónomas** cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.

#### E) SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES.

Antes de interponer el recurso especial regulado en este Libro VI, las personas físicas y jurídicas, legitimadas para ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 312, podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de **medidas provisionales**.

Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a **suspender** o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

#### F) PLAZO DE INTERPOSICIÓN.

El procedimiento de recurso se iniciará mediante **escrito** que deberá presentarse en el plazo de **quince días hábiles** contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la **notificación** del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los **pliegos** y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley.

b) Cuando se interponga contra **actos de trámite** adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

c) Cuando se interponga contra el **anuncio de licitación**, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

#### G) TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, con las **especialidades** que se recogen en el artículo 316, tendentes a **abreviar** dicha tramitación.

#### H) RESOLUCIÓN.

Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los **cinco días hábiles** siguientes, **notificándose** a continuación la resolución a todos los interesados.

#### I) EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.

Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de **recurso contencioso-administrativo**.

**No** procederá la revisión de oficio, ni tampoco actos de fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

#### Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. y Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. y Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2ª edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

## **26. EL SERVICIO PÚBLICO. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA.**

## **TEMA 29: EL SERVICIO PÚBLICO. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA**

### **I. EL SERVICIO PÚBLICO:**

#### **1. Concepto y naturaleza jurídica:**

La teoría del servicio público está directamente relacionada con el papel que el Estado y la Administración desempeñan en las sociedades modernas. Como exponen los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, la función del Derecho Público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y la propiedad individuales, a la cual estaba inicialmente orientado el Derecho Público de forma casi exclusiva, sino que debe alcanzar también a encauzar adecuadamente una tarea de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva (la *Daseinvorsorge* de FORSTHOFF) y a proporcionar al ciudadano los medios apropiados para exigir y obtener de los poderes públicos todo lo que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera del espacio vital por él dominado. Es lo que se llama la Administración prestacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, las exigencias relativas a esa actividad prestacional derivan directamente de la cláusula de Estado Social proclamada en el artículo 1 de la Constitución. Lejos de ser un mero principio programático, la declaración de Estado Social ha obligado a reconstruir las bases del Derecho Administrativo, en el que la Administración asume un nuevo rol, en este caso orientado a garantizar la efectividad de los derechos de libertad e igualdad de los individuos y los grupos (artículo 9.2 de la Constitución, que contine además el mandato expreso de adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud). En esta dirección, el Capítulo III, del Título Primero de la propia



Constitución establece un conjunto de “principios rectores” que habrán de concretarse mediante determinaciones legislativas, primero, y mediante acciones de la Administración, en segundo término, que serán de obligado cumplimiento y conformarán auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. Es así como debe entenderse el artículo 53.3 de la Constitución, cuando se refiere a los principios reconocidos en este Capítulo III de la Constitución, al disponer por un lado que su reconocimiento, respeto y protección *“informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”*, para señalar a continuación que *“sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*. Con una redacción muy poco afortunada, el precepto constitucional ha pretendido establecer, y así lo corroboró el Tribunal Constitucional, un mandato explícito dirigido a todos los poderes del Estado, correspondiendo al legislador convertir el deber genérico en obligación exigible y la mera expectativa en derecho subjetivo en sentido estricto, a través de un adecuado desarrollo de esos principios (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Correlativamente, nacerá también de la ley un conjunto de obligaciones que tendrá que asumir y cumplir la Administración Pública en la tarea que la propia Constitución le ha encomendado de servir al interés general (artículo 103.1).

Qué es el servicio público y qué actividades son encuadrables en dicha categoría jurídica es una cuestión compleja y de difícil respuesta que requeriría un estudio histórico. En España, el servicio público aparecería, así, primero asociado al concepto de obra pública, porque fue en su momento la gran demanda de la sociedad de la época, y por eso está presente en la legislación sobre ferrocarriles; más adelante, el servicio público se utilizaría para justificar la intervención de los municipios en una pugna de competencias con el Estado, y cobra protagonismo en el ámbito local; por fin, el servicio público aparece como título habilitante de la intervención de la Administración pública en sectores de actividad (agua, gas, electricidad) que pronto acabarán siendo asumidos por el Estado como propios del mismo a

través de la llamada *publicatio* (MEILÁN).

El concepto de servicio público se recoge en algunas normas del ordenamiento jurídico-administrativo, pero difícilmente podría afirmarse que en todas ellas la expresión “servicio público” tenga un mismo significado, ni que se corresponda con el concepto estricto que la doctrina sostiene de esta categoría jurídica. Sobre todas ellas, en la Constitución española de 1978 que recoge la expresión, u otras similares, en varias partes de su articulado, y no siempre con el mismo alcance o sentido. Se utiliza como sinónimo de “actividad administrativa”, al recoger la cláusula de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos -artículo 106.2-. Se habla también de “servicios esenciales de la comunidad” en los artículos 28 y 37, al tratar del derecho de huelga y del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, para reconocer que aseguren el mantenimiento o el funcionamiento de aquellos servicios. La misma expresión se utiliza en el artículo 128, cuando señala en su apartado 2 que mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio. Del contenido de este precepto y de su ubicación en el capítulo relativo a la Economía y la Hacienda se desprende para algún autor que las prestaciones encuadrables deben ser necesariamente de carácter preferentemente económico (MEILÁN). Ha de tratarse, además, de servicios “esenciales” y esa esencialidad, como expresión de lo que son las aspiraciones de la sociedad en un momento determinado, debe ser lógicamente apreciada por sus legítimos representantes, que constituyen el Parlamento, mediante ley (MEILÁN). SANTAMARÍA PASTOR sostiene que en cada sociedad, y en cada momento histórico, existen una serie de prestaciones que los particulares precisan o demandan de modo incondicional, por ser consideradas imprescindibles o muy relevantes para el correcto funcionamiento del sistema social y económico: son las prestaciones mediante las que se satisfacen las necesidades colectivas mínimas de seguridad y de bienestar que cada

sociedad ha alcanzado o aspira a alcanzar en breve plazo y que considera como irrenunciables. La demanda social de estas prestaciones a los ciudadanos determina la asunción formal de su satisfacción por los poderes públicos, que los toman como responsabilidad propia en orden a garantizar su efectiva realización. Tales prestaciones son las actividades a las que, genéricamente, se conoce como servicios públicos.

El concepto es tan lábil y difuso que la doctrina manifiesta importantes desacuerdos y contradicciones a la hora de determinar cuáles son las notas esenciales de la categoría.

Frente a quienes consideran inescindible de la idea de servicio público la presencia de una utilidad general que se ve satisfecha con la prestación del servicio, otros autores entienden que es indiferente que estas prestaciones se dirijan a satisfacer primariamente necesidades colectivas (llamadas por ello servicios *uti universi*, dirigidos a la utilidad general: por ejemplo, los archivos nacionales o la estadística pública) o necesidades individuales (como la sanidad, la educación o el abastecimiento domiciliario de agua: servicios *uti singuli*). Para SANTAMARÍA PASTOR, por ejemplo, aparte de que todos los servicios satisfacen al tiempo necesidades individuales y colectivas, lo que es relevante es que en un grado u otro puedan ser objeto de utilización individualizada por uno o más sujetos. No deben considerarse servicios públicos, por tanto, aquellos que carecen de este rasgo, por estar destinados a satisfacer exclusivamente necesidades internas de la Administración (por ejemplo, el Servicio Jurídico del Estado, o el de mantenimiento de las instalaciones de una Consejería).

Un importante sector doctrinal considera una nota esencial del concepto de servicio público el acto solemne de la *publicatio* (término acuñado por VILLAR PALASÍ): es imprescindible que exista una norma en virtud de la cual se declare expresamente que una determinada actividad es configurable como servicio público, norma que reserva la actividad al sector público y atribuye a

la Administración unas potestades de ordenación de esa actividad económica de las que antes carecía. Sin embargo, para otros autores, entre ellos SANTAMARÍA PASTOR, la asunción de estos servicios por los poderes públicos no precisa de un acto formal de calificación como tales (*publicatio*) ni de afirmación de la responsabilidad pública sobre los mismos: la transformación de privadas en públicas de las actividades en que consisten puede ser consecuencia de un proceso paulatino y muchas veces insensible, paralelo al crecimiento de la sensación social de necesidad de las mismas, que va produciendo la aparición de un control público y su intensificación.

Frente a la afirmación de que el monopolio era un rasgo consustancial del concepto de servicio público, se afirma que el monopolio es una posibilidad, pero no la única, como pone de manifiesto el régimen de prestación de importantes sectores de la actividad considerados servicios públicos, en los que la exclusividad es un elemento accesorio o accidental, pero no necesario ni inexcusable.

SANTAMARÍA PASTOR señala como el equívoco más importante y frecuente que ha complicado el estudio de la categoría jurídico la suposición de que la calificación de una actividad como servicio público entraña necesariamente su desempeño directo en régimen de exclusividad por entes o empresas públicas. Son múltiples los auténticos servicios públicos que se prestan por sujetos privados, lo cual no es sólo un fenómeno habitual, sino que nada se opone a ello, siempre que dichos sujetos se encuentren sometidos al control y dirección que son inexcusables, porque la Administración es la responsable en última instancia del servicio. Y dicho control y dirección suponen, como mínimo: la regulación intensiva de la actividad, esto es, no limitada a sus aspectos externos (esto es, a las posibles anomalías que pueden dar lugar a defectos en su prestación), sino afectante a su mismo desarrollo en condiciones de normalidad; la potestad pública de selección de los sujetos privados habilitados a prestar el servicio, la limitación de su número, cuando sea necesario, y la exigencia a dichos sujetos de especiales requisitos de

idoneidad y rigor; y la vigilancia continua del desarrollo del servicio, con facultades de dirigir el desempeño de la actividad (impartiendo, por tanto, instrucciones vinculantes a los sujetos habilitados), de sancionar sus comportamientos no satisfactorios e incluso de privarles de la habilitación de que disfrutaban.

Desde otras posiciones doctrinales, se añaden otras notas complementarias que pueden perfeccionar este concepto de servicio público. Por ejemplo, la necesidad de adaptar el servicio a las circunstancias cambiantes para garantizar el interés general (cláusula de progreso), como contrapartida a la ventaja o el privilegio de la exclusividad. La realización de estos cambios es obligatoria aunque no esté expresamente prevista en el contrato o título concesional, para adaptar las condiciones de prestación del servicio a los nuevos descubrimientos de la ciencia y la técnica (MEILÁN).

Atendiendo a sus orígenes históricos, suele señalarse como nota característica de los servicios públicos su sometimiento al Derecho Administrativo y su control a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, este rasgo entra en quiebra cuando algunos servicios empiezan a prestarse con sujeción al servicio privado, huyendo de los controles del Derecho Administrativo, en lo que se ha llamado al huída del Derecho Administrativo.

Por fin, un importante sector doctrinal (entre ellos, BLANQUER) y en alguna medida la jurisprudencia del Tribunal Supremo han determinado como nota característica del servicio público la regularidad y continuidad en su prestación, verdadero “principio inmanente a la naturaleza de la institución” (STS de 22 de febrero de 1982).

A todo lo anterior es preciso añadir el impacto del Derecho Comunitario en la teoría del servicio público. Como es sabido, el Derecho comunitario se construye en el ambiente de liberalizaciones y privatizaciones de actividades

tradicionalmente configuradas como servicios públicos, en el sentido de actividades cuya titularidad había asumido el Estado aunque su gestión fuese llevada por personas privadas. Además, el hecho de que el Derecho Comunitario reúna a ordenamientos jurídicos muy dieferentes, en los que la categoría del servicio público juega papeles muy diversos, obligó a buscar soluciones de compromiso que no solo descafeinaron el concepto sino que provocaron vaivenes característicos de los diversos momentos políticos que atravesaba la Unión (MEILÁN).

El Tratado de la UE se refiere a los servicios públicos en el artículo 73, al referirse a las ayudas públicas. El artículo 86.2 se refiere, sin embargo, a los “servicios de interés económico general”. No aparece en el Tratado la expresión “servicios de interés general”, aunque se ha acuñado en la práctica comunitaria como expresión más amplia que la anterior porque incluye actividades de contenido no económico pero que se consideran de interés general y sometidas a obligaciones específicas de servicio público (la educación, los regímenes básicos de seguridad social obligatorios o la sanidad). Aquéllos –los de contenido económico- quedan sometidos a las reglas de mercado y competencia.

Como concluye MEILÁN, con la integración europea no han cambiado las categorías, ni la responsabilidad del Estado para asegurar la satisfacción de necesidades colectivas; lo que ha cambiado es la forma en que los poderes públicos cumplen sus obligaciones con los ciudadanos. El servicio público nació para satisfacer necesidades de la sociedad; la misma finalidad que justifica los servicios económicos de interés general. De hecho ha sido acuñada jurisprudencialmente la expresión de “servicio universal”.

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que no existe un único concepto de servicio público, que es de concepción doctrinal y de naturaleza cambiante. Más importante que definir un concepto será, por tanto, analizar el estatuto jurídico del usuario de servicios públicos.

## **2. El estatuto jurídico del usuario de servicios públicos:**

El usuario de los servicios públicos es el beneficiario inmediato de la acción prestacional llevada a cabo por la Administración o el contratista. El ordenamiento jurídico reconoce un complejo entramado de derechos y obligaciones que conforman el “estatuto del usuario de los servicios públicos”.

La relación jurídica que se traba entre el usuario y la entidad administrativa (o privada, en caso de gestión contractual) que presta el servicio se identifica por los rasgos siguientes, enunciados por SANTAMARÍA PASTOR:

a) Es una relación de naturaleza predominantemente objetiva, en el sentido de que la parte sustancial de su contenido está excluida de la autonomía de la voluntad de las partes y definida de manera imperativa y general por normas jurídicas: aunque el acceso al servicio de transporte público, por ejemplo, se efectúe mediante un contrato, los aspectos del servicio que pueden libremente contratarse entre las partes son muy escasos; en una altísima proporción, las características del servicio están definidas por normas administrativas. Por ello mismo, dichas normas pueden ser libremente alteradas por la Administración titular del servicio, y con ellas, el contenido de la relación de prestación, sin que el usuario pueda resistirse jurídicamente a ello.

b) Es una relación de naturaleza predominantemente pública, en la que los elementos jurídico-privados son eventuales y, en todo caso, escasos; el Derecho privado sólo opera en lo que afecta al acto constitutivo de la relación, que puede ser un contrato (aunque no lo es siempre) y, en tal caso, sólo en alguna de sus cláusulas o contenidos secundarios.

c) La constitución de esta relación jurídica puede efectuarse mediante

técnicas formales públicas o privadas. En unos casos, el acceso al servicio se lleva a cabo mediante un acto de Derecho público: un acto administrativo unilateral de admisión (o de imposición) que carece de naturaleza contractual (por ejemplo, la matriculación en una Universidad). En otros, en cambio, la relación se constituye mediante un contrato, como sucede con buena parte de los servicios de carácter económico (por ejemplo, abono al servicio eléctrico o de gas, o de abastecimiento de agua).

d) La relación jurídica así creada constituye al usuario en una situación especial de sujeción en la que aquél se somete a los poderes de ordenación y disciplinarios del ente o empresa prestador del servicio.

Entre los derechos del usuario de los servicios públicos se encuentran los siguientes: el derecho al establecimiento del servicio; el derecho a acceder a la prestación del servicio en condiciones de igualdad; el derecho a disfrutar del servicio en condiciones de regularidad y continuidad.

Sus obligaciones básicas son: pagar por la prestación del servicio y usarlo debidamente.

### **1º) El derecho al establecimiento del servicio:**

El artículo 26 de la LBRL menciona los servicios municipales de prestación obligatoria en todos los ayuntamientos, de modo que los vecinos tienen un derecho subjetivo a exigir su establecimiento y su efectiva prestación (artículo 18.1.g de la LBRL). En esa línea de exigibilidad, los vecinos pueden impugnar los presupuestos municipales cuando no incluyan una consignación adecuada y suficiente para sufragar los servicios obligatorios (artículos 170 y 171 del TRHL). Además, y en función del número de habitantes, la propia LBRL se refiere a otro tipo de servicios obligatorios, que BLANQUER resume en el siguiente cuadro:



<b>Todos los Ayuntamientos</b>	<b>Ayuntamientos con más de 5.000 habitantes</b>	<b>Ayuntamientos con más de 20.000 habitantes</b>	<b>Ayuntamientos con más de 50.000 habitantes</b>
Alumbrado público Cementerio Recogida de residuos Limpieza viaria Abastecimiento domiciliario de agua potable Alcantarillado Acceso a núcleos de población Pavimentación de las vías públicas Control de alimentos y bebidas	Parque público Biblioteca pública Mercado Tratamiento de residuos	Protección civil Prestación de servicios sociales Prevención y extinción de incendios Instalaciones deportivas de uso público	Transporte colectivo urbano de viajeros Protección del medio ambiente

La prestación de estos servicios puede ser dispensada en los casos que establece la propia LBRL, en su artículo 26.2:

“Los Municipios podrán solicitar a la Comunidad Autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les corresponda, según lo dispuesto en el número anterior cuando, por sus características peculiares, resulte *de imposible o muy difícil cumplimiento* el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio ayuntamiento”.

La imposibilidad o grave dificultad no puede equipararse, como ha dicho el Tribunal Supremo, a la innecesariedad o inconveniencia. En cualquier caso, debe insistirse en la naturaleza de “derecho subjetivo” del usuario al establecimiento de los servicios, que podrá reclamar ante los tribunales de

justicia su cumplimiento por la vía del artículo 29.1 de la LJCA.

## **2º) El derecho al acceso a los servicios públicos:**

Uno de los principales derechos subjetivos que corresponden al usuario de los servicios públicos es el derecho de acceso a los ya establecidos. Este derecho debe poder ejercerse en condiciones de igualdad o no discriminación. Pero ello no significa que sea un derecho de carácter absoluto o ilimitado. GARRIDO FALLA ha analizado las diferentes formas de realización de este derecho de acceso:

a) El acceso al servicio se produce en ocasiones de manera automática en virtud del mero cumplimiento de los requisitos establecidos de manera general y abstracta por las normas reguladoras del servicio.

b) En acceso al servicio puede subordinarse a la posesión de ciertas condiciones de aptitud, que la Administración prestadora debe comprobar mediante la práctica de las pruebas correspondientes, cuya no superación impide al acceso al servicio.

c) El acceso al servicio puede verse condicionado por la afluencia de un número de usuarios superior a su capacidad, en cuyo caso la Administración ha de seleccionar a parte de ellos por criterios que en todo caso han de ser objetivos y, en última instancia, en virtud de la simple prioridad cronológica en la solicitud.

d) El derecho de acceso al servicio puede verse sustituido en algunos casos por una correlativa situación de deber, como ocurre en los servicios de utilización obligatoria, como la educación obligatoria, por ejemplo.

SANTAMARÍA PASTOR, a propósito del principio de igualdad en el acceso a los servicios públicos, recuerda que la igualdad no puede interpretarse en

términos absolutos. Por lo mismo que igualdad no es uniformidad, este principio admite tratamientos diferenciados, siempre que:

1º) las situaciones de los ciudadanos a los que se aplica sean realmente diversas (también es igualdad tratar desigualmente a los desiguales);

2º) los colectivos diferenciados hayan sido definidos en base a criterios objetivos o persigan la promoción de categorías de individuos afectados por deficiencias físicas, económicas o sociales;

3º) la disparidad de tratamiento reúna el requisito fundamental de ser razonable y no arbitraria.

### **3º) El derecho a la regularidad y continuidad en la prestación del servicio:**

La regularidad y la continuidad de la prestación constituyen para BLANQUER uno de los elementos del núcleo esencial del concepto de servicio público. En una de sus dimensiones significa el derecho a que los servicios se presten sin interrupciones injustificadas o arbitrarias, lo cual ha llevado a delimitar el efecto que el ejercicio del derecho de huelga puede llegar a tener sobre los servicios públicos y cuáles son sus límites constitucionales. La propia Constitución española de 1978, al recoger este derecho con carácter de fundamental, señala:

“La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar *el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

La inexistencia de Ley orgánica del derecho de huelga no ha impedido la plasmación de una sólida jurisprudencia constitucional que declara aplicable el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo y, en particular, la previsión

contenida en su artículo 10.2, que recoge la potestad gubernativa para “acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios”, entre ellas la fijación de servicios mínimos.

Junto a estas garantías constitucionales, existen en nuestro ordenamiento jurídico otras de índole penal, al haberse configurado como delito la perturbación del normal funcionamiento de los servicios, el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público por parte de autoridades o funcionarios y el hurto de cosas destinadas a un servicio público.

Finalmente, la falta de continuidad del servicio puede acarrear sanciones de naturaleza administrativa. En particular, la LBRL recoge como infracciones muy graves el impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización; el impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público; y los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público (artículo 140 LBRL).

Por lo demás, los servicios públicos deben prestarse en las condiciones de calidad y cantidad ajustadas a los estándares establecidos por las reglas reguladoras del mismo. Además, los contratistas de servicios públicos deben prestar en cada momento el servicio de acuerdo con los niveles de innovación tecnológica adecuados (cláusula de progreso). Ahora bien, como recuerda SANTAMARÍA PASTOR, los usuarios del servicio no ostentan derecho subjetivo alguno a que su prestación se lleve a cabo en otras condiciones que las determinadas en cada momento por las normas reguladoras de aquél; su situación frente al servicio es puramente legal o reglamentaria, de tal forma que han de soportar los cambios que el servicio experimente por alteración de sus reglas de prestación, sin que tengan derecho a exigir el mantenimiento del servicio (salvo cuando éste sea de los legalmente declarados obligatorios) o de las condiciones de prestación existentes en el

momento de su instauración (o en cualquier otro posterior).

#### **4º) Los deberes del usuario:**

Como se señaló, los deberes del usuario de los servicios públicos son usarlo adecuadamente y abonar el precio.

SANTAMARÍA PASTOR se refiere a la observancia de las reglas del servicio establecidas en sus normas reguladoras justificando su imposición en la relación especial de sujeción que se constituye al acceder al uso del servicio y que confiere a la Administración un poder disciplinario que conlleva una potestad represiva de las conductas que infrinjan aquellas reglas, en la que las sanciones pueden extenderse no sólo a la privación temporal del uso del servicio (por ejemplo, expulsión del transporte de los viajeros sin billete), sino incluso a la imposición de correctivos ajenos al servicio en sí mismo (por ejemplo, multas).

El abono de la contraprestación que se halle establecida por el uso del servicio es la segunda obligación básica de los usuarios. En los servicios *uti universo*, es habitual que se financie el coste del servicio con cargo a los recursos presupuestarios ordinarios del ente titular, esto es, sin percepción directa de cantidad alguna a los usuarios en concepto de contraprestación (por ejemplo, la defensa). Pero tal régimen puede ser aplicado a servicios *uti singuli* (por ejemplo, la enseñanza obligatoria), en virtud de una decisión política que prefiere repartir entre toda la población el coste de un servicio con un colectivo parcial de destinatarios. Pero es igualmente frecuente que los servicios se financien mediante contraprestaciones del usuario. Éstas, desde la perspectiva jurídica, plantean dos tipos de problemas que analiza someramente SANTAMARÍA PASTOR:

1º) La naturaleza pública (tributaria) o privada de la contraprestación; en concreto, si se trata de una tasa o de un precio, cuestión a la que la doctrina

(ENTERRÍA, ARIÑO) dedicó hace años una considerable atención. Este problema no admite una respuesta unitaria:

- Cuando el prestador del servicio es el propio ente administrativo titular del mismo, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Tasas y Precios Públicos, la contraprestación tendrá la naturaleza de tasa cuando se trate de servicios de solicitud o recepción obligatoria por los administradores o que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad (artículo 6), y de precio público en caso contrario (artículo 24).

- Cuando, por el contrario, el servicio se preste en régimen de gestión contractual (esto es, por una empresa, por ejemplo, una concesionaria), la contraprestación tendrá siempre carácter privado, considerándose como precio de un servicio cuyo título es el contrato que celebra dicha empresa con el usuario (por ejemplo, el billete de autobús o de metro).

2º) Los criterios de determinación del importe de la contraprestación por parte de la Administración titular del servicio. Dichos criterios han sido fijados por la citada Ley de Tasas y Precios Públicos en torno al denominado “principio de equivalencia”, en el sentido de que las tasas “tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible” (artículo 7), en tanto que los precios públicos “se establecerán a un nivel que cubra como mínimo los costes económicos originados por la realización de las actividades o la prestación de los servicios o que resulte equivalente a la utilidad derivada de los mismos” (artículo 25).

## **II. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA.**

La gestión de los servicios públicos puede ser directa o indirecta. BLANQUER

resume los modos de gestión con el siguiente cuadro:

<b>Gestión directa</b>	<b>Gestión indirecta</b>
Administración territorial	Concesión
Organismo autónomo	Gestión interesada
Entidad Pública Empresarial	Concierto
Sociedad mercantil	Sociedad mercantil mixta
exclusivamente pública	

Destaca el autor citado que la Administración tiene un amplio margen de libertad para elegir discrecionalmente la fórmula de gestión que considere más conveniente u oportuna. Ahora bien, la selección de una u otra fórmula tiene consecuencias muy importantes. Como regla general, la *gestión directa* se instrumenta mediante una encomienda de gestión (mandato por el que la Administración territorial matriz encomienda a la Administración institucional filial la prestación del servicio), negocio que no se rige por la legislación de contratos del sector público). Sin embargo, la *gestión indirecta* se instrumenta a través de un contrato de gestión de servicio público que se rige por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Mientras la gestión directa pone de manifiesto una relación interna (*in house*) que resulta del ejercicio de la potestad organizatoria, la gestión indirecta es una relación externa de contenido económico sujeta a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

## **1. La gestión directa de los servicios públicos:**

La gestión directa consiste en la gestión de un servicio por la Administración titular del mismo. Bajo esta expresión se comprenden los supuestos en que el servicio es prestado directamente por los órganos integrantes de la persona jurídica en que cada Administración se constituye como aquellos otros en los que su prestación se confía a una entidad instrumental de dicha

Administración constituída con tal fin.

Para SANTAMARÍA PASTOR el primero de estos supuestos no plantea problemas jurídicos más allá de los puramente organizativos. Sin embargo, de la prestación mediante entidades instrumentales (contratación *in house*) no puede decirse lo mismo, sobre todo a partir de la transposición de la normativa comunitaria sobre contratos públicos realizada por la LCSP de 2007. En relación con los servicios públicos de carácter económico, la LCSP ha tratado de evitar que la prestación de los mismos se confíe de forma directa a entes administrativos distintos del titular (con independencia de que pertenezcan o no al mismo grupo organizativo), excluyendo de la posibilidad de prestación a empresas privadas que estuvieran interesadas en ella y que pudieran ofrecer al ente titular unas mejores condiciones técnicas o económicas. El resultado ha sido una contractualización masiva de relaciones jurídicas de prestación de servicios que antes quedaban dentro de la órbita puramente interna de las Administraciones.

SANTAMARÍA PASTOR resume la regulación actual en los siguientes puntos, que resultan de la sistematización de los artículos 4.1 n) y 24.6 de la LCSP de 2007:

1º) Sólo cabe confiar la gestión de servicios económicos a un ente instrumental cuando tenga atribuida la condición de “medio propio y servicio técnico” de la Administración titular (artículo 4.1.n LCSP). En los demás casos, la Administración titular deberá celebrar un contrato de gestión de servicios públicos, a cuya licitación podrán concurrir, en pie de igualdad, los entes públicos (ya sean de los que se constituyen en forma pública o privada, como las sociedades públicas) y las empresas privadas.

2º) La atribución de la condición de “medio propio y servicio técnico” se rodea de numerosas cautelas y requisitos, entre ellos:



- Sólo pueden gozar de esta condición aquellas entidades cuya parte esencial de su actividad esté dirigida a prestar servicios a la Administración que le encomiende el servicio (artículo 24.6, párr. 1º LCSP).
- Se exige, asimismo, que la Administración titular ostente sobre el medio propio “un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios”; entendiéndose que existen dicho control sólo cuando pueda “conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”; y si el medio propio tiene naturaleza de sociedad mercantil, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública (artículo 24.6, párr. 1º y 2º LCSP).
- Se impone también el requisito formal de que la condición de medio propio y servicio técnico “deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos (artículo 24.6, párr. 3º LCSP).
- Por último, las entidades que gocen de esta condición no podrán participar en las licitaciones que convoque la Administración de la que dependan (artículo 24.6, párr. 3º LCSP); y los contratos que celebren con terceros para la ejecución de los servicios que se le confíen deberán sujetarse a la LCSP, en los supuestos en que ésta es aplicable (artículo 4.1.n LCSP).

## **2. La gestión indirecta de los servicios públicos:**

Regulada en los artículos 251 a 265 de la LCSP y en las normas materiales reguladoras del concreto servicio público de que se trate (artículo 252 LCSP), la contratación de la gestión de servicios públicos se reserva para los

servicios públicos de carácter económico o, como dice la LCSP, “que sean susceptibles de explotación por particulares”; por contra, no podrán ser objeto de este contrato “los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” (artículo 251.1 LCSP).

Pues bien, tal y como dispone el artículo 253 LCSP, la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

a) *Concesión*, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

Critica la doctrina la imprecisión e inexactitud con que la LCSP se refiere a la modalidad clásica de gestión indirecta de los servicios públicos.

La peculiaridad de la técnica es la bifurcación entre la titularidad pública del servicio (reservada al sector público a través de la *publicatio*) y la gestión privada de la prestación. La Administración conserva la titularidad y los poderes necesarios para garantizar la adecuada prestación del servicio por parte del concesionario, que deberá llevarlo a cabo con condiciones de regularidad y continuidad, asumiendo los riesgos inherentes al servicio (“a su propio riesgo y ventura”). Como contrapartida, el concesionario se beneficia de la regla del mantenimiento del equilibrio económico-financiero, que corresponde analizar en la lección correspondiente a la contratación pública (remisión).

b) *Gestión interesada*, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

Es ésta una figura de rasgos poco definidos. Se caracteriza, en palabras de BLANQUER, por dosificar los riesgos del particular y estimular su acierto gestor. De tal modo que se orienta a garantizar una rentabilidad mínima, que

el empresario alcanzará si el acierto de la explotación del empresario responde a los estándares normales de gerencia, y se estimula al empresario para que optimice la gestión si quiere maximizar el rendimiento. La Administración, por su parte, también participa en los beneficios/pérdidas que obtenga el prestador del servicio.

c) *Concierto* con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

La acción concertada (por ejemplo, en la sanidad y en la educación) es una muestra de la colaboración económica entre el sector público y el sector privado cuyos principales rasgos característicos describe BLANQUER:

1º. Se refiere a actividades económicas abiertas a la iniciativa privada.

2º. Exigencia de previa homologación de la persona que vaya a prestar el servicio.

3º. Aprovechamiento de infraestructuras preexistentes y, por tanto, ausencia de reversión de los bienes afectos a la prestación del servicio.

4º. Precio cierto del negocio jurídico, no ligado al riesgo y ventura.

5º. Duración limitada del vínculo, aunque sujeto, generalmente, a la posibilidad de prórrogas.

d) *Sociedad de economía mixta* en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

SANTAMARÍA PASTOR expone con claridad esta técnica en la que la Administración titular del servicio precisa de la colaboración de una empresa

privada que le aporte el capital o el know-how y los medios tecnológicos para la prestación de servicios complejos, pero no requiere desentenderse de su gestión inmediata; con tal fin, la Administración constituye una sociedad en cuyo capital participa, pero en el que da entrada a un socio privado que, además de sus aportaciones en medios o dinero, se encarga materialmente de la gestión del servicio, pero bajo el control directo de la Administración titular, que se halla presente en los órganos sociales (y participa también, por tanto, en los beneficios que puede producir la explotación del servicio). El autor citado critica, sin embargo, que los perfiles legales de la sociedad de economía mixta son bastante confusos, y no responden a la pregunta elemental de cuál sea el sujeto con el que la Administración titular del servicio contrata su gestión: un pregunta de contestación problemática a la vista de la regulación de la contratación *in house* que hoy establecen los artículos 4.1.n) y 24.6 LCSP. Al configurarla como una modalidad autónoma del contrato de gestión de servicios públicos, distinta de la concesión, podría pensarse que su constitución respondería a la siguiente hipótesis: la Administración titular del servicio adjudica directamente la gestión del mismo a una sociedad propia, de capital íntegramente público que reúna los requisitos que los preceptos antes citados exigen para su calificación como “medio propio y servicio técnico” de aquélla. Posteriormente, la propia sociedad enajena una parte de su capital a un sujeto privado (convirtiéndose así en una sociedad de economía mixta); y esta enajenación de parte del capital (esto es, la selección del socio privado) se realiza en régimen de concurrencia y licitación idéntico al exigido para un contrato de gestión de servicios públicos, satisfaciéndose así el principio de apertura competitiva del servicio a los terceros.

El contrato de gestión de servicios públicos es un negocio jurídico de larga duración, tal y como dispone el artículo 254 de la LCSP:

“El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de

cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

- a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.
- b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)''.

Respecto a la ejecución del contrato de concesión, el artículo 255 LCSP se limita a establecer dos reglas:

1º) El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

2º) En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

Las obligaciones legales del contratista son las siguientes (artículo 256 LCSP):

- a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los

particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.

b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo 255 LCSP.

c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

Como contrapartida, el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración. Estas contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato (artículo 257 LCSP).

La titularidad pública del servicio prestado determina su reversión a la Administración cuando finalice el plazo contractual el servicio, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las

disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas (artículo 259 LCSP).

## **BIBLIOGRAFIA:**

BLANQUER, D., *Derecho Administrativo*, II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas.

MEILAN GIL, J.L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, 2006.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**



# **27. LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA.**

## **TEMA 27: LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA.**

### **LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA**

#### **1. Concepto y naturaleza jurídica de la subvención:**

La subvención es definida por SANTAMARÍA PASTOR como “la donación dineraria de carácter modal destinada a promover fines o actividades de interés público”. Los cuatro elementos de este concepto se recogen en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones Estatal, y en la Ley 9/2007, de 13 de junio, de Subvenciones de Galicia (LSG). Esta última define la subvención en el artículo 2, como “toda disposición dineraria realizada por la Administración de la Comunidad Autónoma, o por una entidad vinculada o dependiente de ella, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice *sin contraprestación directa de los beneficiarios*.
- b) Que la entrega esté *sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, a la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido*.
- c) Que el proyecto, *la acción, la conducta o la situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o la promoción de una finalidad pública*”.

Las expresiones resaltadas en cursiva hacen referencia a los cuatro elementos del concepto expuesto: la referencia a la donación se refleja en la expresión “sin contraprestación directa de los beneficiarios”; el calificativo de “dineraria” que acompaña a la expresión “donación” permite excluir otro tipo de ventajas o prestaciones no dinerarias; el carácter “modal” se deduce de la idea de que la entrega dineraria está sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, a la ejecución de un proyecto, a la realización de una actividad, a la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o a la concurrencia de una situación, y el beneficiario debe cumplir los deberes materiales y formales que se hubieran establecido; finalmente, la naturaleza “finalista” indica que la acción, la conducta o la situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o la promoción de una finalidad pública.

La subvención es una modalidad de ayuda pública, que es un concepto más amplio que aquel, al comprender otro tipo de incentivaciones. De hecho, la propia LSG declara no incluidas en el concepto de subvenciones:

1º) Las prestaciones previstas en el artículo 2.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, destinadas a personas físicas, y las prestaciones autonómicas de naturaleza similar a estas o de carácter asistencial. Este artículo excluye del concepto de subvención los siguientes supuestos: las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social; las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España; las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos; las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio; las prestaciones

derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo; las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial; los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social; y el crédito oficial, salvo en los supuestos en los que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.

2º) Los beneficios fiscales a favor de los usuarios de bienes y de servicios públicos aplicables en los precios correspondientes.

3º) Las aportaciones dinerarias a favor de otras administraciones y a favor de los organismos y de las entidades dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma sometidos al ordenamiento autonómico, destinadas a financiar global o parcialmente su actividad con carácter indiferenciado.

4º) Las aportaciones dinerarias a favor de otras administraciones públicas o de sus entidades dependientes, establecidas mediante norma legal o reglamentaria y destinadas a financiar actividades de su competencia o impuestas por una norma emanada de la administración otorgante.

En cualquiera caso, lo esencial no es el *nomen iuris*, sino la verdadera naturaleza del acto. Tal es el sentido del párrafo 3 del artículo 2 de la LSG cuando dispone que “serán de aplicación los preceptos de la presente ley a los actos o negocios jurídicos que de acuerdo con su verdadera naturaleza impliquen la concesión de subvenciones con arreglo a lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, con independencia de la forma o denominación que le hubieran dado las partes”.

La naturaleza jurídica de la subvención ha planteado disquisiciones doctrinales diversas, que van desde la concepción contractual a la

unilateral. En el primer caso, se entiende que la relación bilateral existente entre la Administración y el beneficiario es un verdadero contrato de naturaleza administrativa; en el segundo, se considera que la subvención es una manifestación de la actuación unilateral de la Administración, que en este caso se caracteriza por ser un acto “necesitado de aceptación”.

Cualquiera que sea su naturaleza jurídica, la doctrina especializada reconoce en esta figura tres características comunes y presentes en toda relación subvencional:

1º) Necesidad de cobertura presupuestaria. Esta exigencia se recoge en la LSG, que dispone en el artículo 6.4, entre los “requisitos para el otorgamiento de las subvenciones” “La existencia de crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones de contenido económico que se derivan de la concesión de la subvención” (letra b).

2º) Carácter no lucrativo de la subvención. Como regla general, se establece que el importe total de la subvención no puede superar el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

3º) La subvención no puede afectar al mercado. En este sentido el artículo 87 del Tratado declara incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

## **2. Partes de la relación subvencional:**

### *A. La Administración:*

Cuando la LSG se refiere a la “Administración de la Comunidad Autónoma”

como entidad que otorga las subvenciones, deben entenderse comprendidas en la expresión la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades locales de Galicia, así como sus respectivos organismos autónomos y entidades de derecho público. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que deroga el artículo 12 del Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia a lo que se refiere expresamente la LSG, y señala respecto de las agencias autonómicas (artículo 86) y a las sociedades mercantiles autonómicas (artículo 103) la sujeción a la LSG.

A todos los restantes entes vinculados o dependientes de la Xunta de Galicia y de las entidades locales gallegas les serán de aplicación los principios de gestión contenidos en el artículo 5.2 y el deber de información establecido en el artículo 16.3 LSG sobre las aportaciones dinerarias sin contraprestación que realicen. En todo caso, las aportaciones gratuitas tendrán relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos (artículo 3.2 LSG).

Finalmente, las subvenciones establecidas por la Unión Europea, el Estado u otro ente público, cuya gestión corresponda, total o parcialmente, a la Administración de la Comunidad Autónoma, así como la financiación complementaria de dichas subvenciones que pueda otorgar esta administración, se regirán por el régimen jurídico del ente que las establezca, sin perjuicio de la aplicación de las normas de organización y procedimiento propios de la Administración de la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, la LSG se aplicará con carácter supletorio respecto de la normativa reguladora de las subvenciones financiadas por la Unión Europea (artículo 3.3 LSG).

En lo referente a los órganos competentes para el otorgamiento de las subvenciones, el artículo 7 LSG dispone las siguientes reglas:

- “1. Los consejeros, presidentes o directores de los organismos autónomos y los órganos rectores de los demás entes, de acuerdo con sus leyes de creación o normativa específica dentro de su ámbito de competencia, serán competentes para conceder subvenciones.
2. No obstante, requerirá autorización del Consejo de la Xunta la concesión de subvenciones que superen la cuantía de 3.000.000 de euros por beneficiario. La autorización no implicará la aprobación del gasto, que corresponderá en todo caso al órgano competente para la concesión de la subvención.
3. Las facultades de los órganos competentes para la concesión de subvenciones podrán ser desconcentradas o delegadas en los términos fijados en las normas sobre la atribución y el ejercicio de competencias.
4. La competencia para conceder subvenciones en las entidades locales corresponde a los órganos que la tengan atribuida en su normativa específica”.

Siguiendo lo establecido en la legislación estatal, la LSG dispone la posibilidad de un sistema de gestión indirecta de las subvenciones, que permite que la entrega y distribución de los fondos públicos se efectúe a través de una entidad colaboradora. Según el artículo 9 de la LSG:

- “1. Será entidad colaboradora aquélla que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras, o



colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Estos fondos en ningún caso se considerarán integrantes de su patrimonio.

Igualmente tendrán esta condición los que siendo denominados beneficiarios conforme a la normativa comunitaria tengan encomendadas, exclusivamente, las funciones enumeradas en el párrafo anterior.

2. Podrán ser consideradas entidades colaboradoras los organismos y demás entes públicos, las sociedades mercantiles participadas íntegra o mayoritariamente por las administraciones públicas, organismos o entes de derecho público y las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, así como las demás personas jurídicas públicas o privadas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan.

3. La Administración general del Estado, otras comunidades autónomas y las corporaciones locales podrán actuar como entidades colaboradoras de las subvenciones concedidas por la Comunidad Autónoma de Galicia o sus organismos públicos y demás entes que tengan que ajustar su actividad al derecho público. De igual forma, y en los mismos términos, la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos podrán actuar como entidades colaboradoras respecto de las subvenciones concedidas por la Administración general del Estado, otras comunidades autónomas y las corporaciones locales”.

El artículo 10 de la LSG establece los requisitos para obtener la condición de entidad colaboradora y las correspondientes prohibiciones:

- Podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora las personas o entidades que se encuentren en la situación que fundamenta la



concesión de la subvención o en las que concurren las circunstancias previstas en las bases reguladoras y en la convocatoria.

- No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta Ley las personas o entidades en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora:

a) Ser condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Solicitar la declaración de concurso, ser declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o ser inhabilitados conforme la Ley concursal sin que concluya el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Dar lugar, por causa de la que fueran declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato suscrito con la administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ejerzan la representación legal de otras personas jurídicas en alguno de los supuestos de incompatibilidades que establezca la normativa vigente.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de los deberes tributarios o frente a la Seguridad Social o tener pendiente de pago alguna otra deuda con la Administración pública de la Comunidad Autónoma en los términos que reglamentariamente se determinen.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

- g) No hallarse al corriente de pago de deberes por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determine.
- h) Ser sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según esta Ley o la Ley General Tributaria.

En ningún caso podrán obtener la condición de entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta Ley las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación.

Tampoco podrán obtener la condición de entidad colaboradora las asociaciones respecto de las que se suspendió el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación del dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en virtud de la cual pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

Conforme a lo establecido en el artículo 12 LSG, son deberes de las entidades colaboradoras:

- a) Entregarles a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las bases reguladoras de la subvención y en el convenio suscrito con la entidad concedente.
- b) Comprobar, en su caso, el cumplimiento y la efectividad de las condiciones o de los requisitos determinantes para su otorgamiento, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o el disfrute de la subvención.

c) Justificar la entrega de los fondos percibidos ante el órgano concedente de la subvención y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios.

d) Someterse a las actuaciones de comprobación que respecto de la gestión de dichos fondos pueda efectuar el órgano concedente, así como cualquier otra de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto estatales como comunitarios, para lo cual se aportará cuanta información sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

Entre la Administración y las entidades colaboradoras se formalizará un convenio de colaboración en el que se regularán las condiciones y deberes asumidos por esta (artículo 13.2 LSG). Cuando las entidades colaboradoras sean personas sujetas a derecho personal, se seleccionarán previamente mediante un procedimiento sometido a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y la colaboración se formalizará mediante convenio, salvo que por objeto de la colaboración resulte de aplicación plena la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 13.4 LSG). Los convenios tendrán el contenido mínimo recogido en el artículo 13.2 LSG.

#### *B. Beneficiario:*

Según el artículo 8 LSG, tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones la persona que deba realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.

Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del

primero tendrán igual la consideración de beneficiarios.

Cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras, podrán acceder a la condición de beneficiario las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o personales, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, las actividades o los comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención.

Cuando se trate de agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o personales sin personalidad, deberán hacerse constar expresamente, tanto en la solicitud como en la resolución de concesión, los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro de la agrupación, así como el importe de subvención que se va a aplicar por cada uno de ellos, que tendrán igual la consideración de beneficiarios. En cualquiera caso, deberá nombrarse un representante o apoderado único de la agrupación, con poderes suficientes para cumplir los deberes que, como beneficiario, le corresponden a la agrupación.

El artículo 11 LSG recoge los deberes de los beneficiarios:

- a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.
- b) Justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y de las condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.
- c) Someterse a las actuaciones de comprobación, que efectuará el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como a cualquier

otra actuación, sea de comprobación y control financiero, que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto autonómicos como estatales o comunitarios, para lo cual se aportará cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicarle al órgano concedente o a la entidad colaboradora la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas, así como la modificación de las circunstancias que hubieran fundamentado la concesión de la subvención. Esta comunicación deberá efectuarse en el momento en el que se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Acreditar con anterioridad a que se te dicte la propuesta de resolución de concesión que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus deberes tributarios y frente a la Seguridad Social y que no tiene pendiente de pago ninguna otra deuda con la Administración pública de la Comunidad Autónoma, en la forma que se determine reglamentariamente, y sin perjuicio del establecido en la disposición adicional décimo octava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el idóneo ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

- h) Adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 3 del artículo 15 de esta Ley.
- i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos previstos en el artículo 33 de esta Ley.

Son aplicables a los beneficiarios las prohibiciones contempladas para las entidades colaboradoras en el artículo 10 LSG.

### **3. Principios del sistema subvencional:**

De acuerdo con el dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5, la gestión de las subvenciones se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la administración otorgante.
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

### **4. Establecimiento de la subvención:**

La LSG regula un procedimiento formalizado y riguroso mediante el cual trata de asegurarse que la propia creación de la subvención, incluso antes de su otorgamiento, se someta a pautas y criterios de racionalidad política, jurídica y financiera (SANTAMARÍA PASTOR). El procedimiento integra a estos fines tres trámites:

- a) Aprobación de un plan estratégico: Los órganos de la Administración que

propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, y se supeditarán, en todo caso, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (artículo 5.1 LSG).

b) Comunicación previa del proyecto de creación a la Comunidad Europea: En aquellos casos en los que deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención deberán notificársele a la Comisión Europea de acuerdo con el dispuesto en el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los términos que se establezcan reglamentariamente (artículo 6.1).

c) Aprobación y publicación de las bases reguladoras de cada tipo de subvención: con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta Ley. Las bases reguladoras de cada tipo de subvención se publicarán en el Diario Oficial de Galicia y en la página web del órgano concedente (artículo 6.2 y 3).

El contenido mínimo de estas bases viene predeterminado en el artículo 14 LSG:

a) Definición precisa del objeto de la subvención.

b) Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención y, en su caso, de los miembros de las entidades previstas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 8, plazo y forma de acreditarlos y plazo y forma en que deben presentarse las solicitudes.

- c) Criterios objetivos de adjudicación de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos.
- d) Cuantía individualizada de la subvención o criterios para su determinación.
- e) Procedimiento de concesión de la subvención.
- f) Órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del procedimiento de concesión y plazo en el que será notificada la resolución.
- g) Composición, en su caso, del órgano colegiado evaluador previsto en el artículo 21 de esta Ley.
- h) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención o la ayuda pública y de la aplicación de los fondos percibidos.
- i) En el supuesto de prever la posibilidad de realizar abonos a la cuenta y anticipados, plazos, modo de pago y régimen particular de garantías que, en su caso, deban aportar los beneficiarios, así como aquellas otras medidas de garantía a favor de los intereses públicos que puedan considerarse precisas.
- j) Obligación del reintegro, total o parcial, de la subvención o de la ayuda pública percibida en el supuesto de incumplimiento de las condiciones establecidas para su concesión.
- k) Obligación del beneficiario de facilitar toda la información que le sea requerida por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, por el Tribunal de Cuentas y por el Consejo de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control del destino de las subvenciones.



- l) En su caso, condiciones de solvencia y eficacia que tengan que reunir las entidades colaboradoras.
- m) Circunstancias que, como consecuencia de la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, podrán dar lugar a la modificación de la resolución.
- n) Criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones. Estos criterios resultarán aplicables para determinar la cantidad que finalmente tenga que percibir el beneficiario o, en su caso, el importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad.
- ñ) Información a los interesados de la existencia del Registro Público de Subvenciones y de los extremos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Asimismo, deberán prever la posibilidad de que los interesados hagan constar su derecho a que no se hagan públicos sus datos cuando concurra alguna de las causas previstas en la letra d) del apartado 2 del artículo 15 de esta Ley.
- o) Expresión de los recursos que procedan contra la resolución de la concesión, con indicación del órgano administrativo o judicial ante el que tengan que presentarse, plazo para interponerlos y demás requisitos exigidos por la normativa general aplicable.
- p) Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualquier otra administración o de entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

Las bases reguladoras también deberán prever el uso y la aplicación de medios telemáticos en los procedimientos de concesión y justificación de las ayudas y subvenciones y de presentación y resolución de recursos sobre ellas. En estos supuestos deberán indicar los trámites que pueden ser cumplidos por esta vía y los medios electrónicos y sistemas de comunicación utilizables, que deberán ajustarse a las especificaciones establecidas por la consellería competente en materia de economía y hacienda.

## **5. Procedimientos de concesión de la subvención:**

### **a) Procedimiento en régimen de concurrencia competitiva:**

El artículo 19 LSG disponen que el *procedimiento común* de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva, que se define como el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza a través de la comparación de las solicitudes presentadas, con el fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que obtuvieran mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

Las bases reguladoras podrán excepcionar del requisito de fijar una orden de prelación entre las solicitudes presentadas que reúnan los requisitos establecidos cuando, por el objeto y la finalidad de la subvención, no sea necesario realizar la comparación y prelación de las solicitudes presentadas en un único procedimiento hasta el agotamiento del crédito presupuestario.

Excepcionalmente, siempre que así se prevea en las bases reguladoras, el órgano competente procederá al prorrateo, entre los beneficiarios de la subvención, del importe global máximo destinado a las subvenciones.

La tramitación del procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva se recoge en los artículos 20 a 24.

b) Adjudicación directa:

Junto al procedimiento general, la propia LSG regula los casos en los que las subvenciones pueden ser concedidas de forma directa (artículo 19.4):

a) Las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.

b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía les vengan impuestos a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte aplicable de acuerdo con su propia normativa.

c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en las que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

## **6. Publicidad:**

A tenor del artículo 15 LSG, los órganos administrativos concedentes publicarán en el Diario Oficial de Galicia las subvenciones concedidas con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, el beneficiario, la cantidad concedida y la finalidad o finalidades de la subvención. Igualmente, lo harán en la correspondiente página web oficial en los términos previstos en el artículo 13.4 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Pública Gallega.

No será necesaria la publicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las subvenciones públicas tengan asignación nominativa en los presupuestos.
- b) Cuando su otorgamiento y su cuantía, a favor de beneficiario concreto, resulten impuestos en virtud de norma de rango legal.
- c) Cuando los importes de las subvenciones concedidas, individualmente consideradas, sean de cuantía inferior a 3.000 euros. En este supuesto, las bases reguladoras deberán prever la utilización de otros procedimientos que, de acuerdo con sus especiales características, cuantía y número, aseguren la publicidad de los beneficiarios de las mismas y deberán, en todo caso, publicarse en la página web oficial del órgano administrativo concedente en los términos establecidos en la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Pública Gallega.
- d) Cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor y a la intimidad personal y familiar de las personas físicas en virtud del establecido en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y sea previsto en su normativa reguladora.

Los beneficiarios deberán dar la idónea publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención.

## **7. Justificación de las subvenciones:**

El artículo 28 LSG exige la justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención. La justificación puede revestir la forma de cuenta justificativa del gasto realizado o puede acreditarse dicho gasto por

módulos o mediante la presentación de estados contables, según se disponga en la normativa reguladora.

El rendimiento de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario o de la entidad colaboradora, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquiera otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y su plazo de rendimiento vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas. A falta de previsión de las bases reguladoras, la cuenta deberá incluir declaración de las actividades realizadas que fueron financiadas con la subvención y su coste, con el detalle de cada uno de los gastos incurridos, y su presentación se realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad (apartado 2 del artículo 28).

Los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario (apartado 3 del artículo 28).

Cuando el beneficiario esté sujeto al régimen de contabilidad empresarial, constituirá un medio de justificación la presentación de las cuentas del ejercicio donde se reflejen las operaciones relacionadas con la subvención concedida, elaboradas según normas de contabilidad recogidas en las disposiciones aplicables (apartado 4 del artículo 28).

En las subvenciones concedidas a otras administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de aquellas y a las universidades, la justificación podrá consistir en la certificación de la intervención o del

órgano que tenga atribuidas las facultades de control de la toma de razón en contabilidad y del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida (apartado 5 del artículo 28).

Cuando las actividades hubieran sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá acreditarse en la justificación el importe, el origen y la aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas (apartado 6 del artículo 28).

En el supuesto de adquisición de bienes inmuebles debe aportarse además un certificado de tasador independiente debidamente acreditado e inscrito en el correspondiente registro oficial (apartado 7 del artículo 28).

Los miembros de las personas jurídicas beneficiarias de la subvención y de las agrupaciones de personas físicas y jurídicas sin personalidad vendrán obligados a cumplir los requisitos de justificación respecto de las actividades realizadas en nombre y por cuenta del beneficiario. Esta documentación formará parte de la justificación que viene obligado a rendir el beneficiario que solicitó la subvención (apartado 8 del artículo 28).

Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el perceptor no requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que pudieran establecerse para verificar su existencia (apartado 9 del artículo 28).

El incumplimiento del deber de justificación de la subvención en los términos establecidos en este capítulo o su justificación insuficiente llevará consigo el reintegro (apartado 10 del artículo 28), a lo cual se hará referencia más adelante.

## **8. Gastos subvencionables:**

El artículo 29 LSG dedica sus diversos apartados a regular los gastos subvencionables, es decir, “aquéllos que de manera indudable respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada y se realicen en el plazo establecido por las diferentes bases reguladoras de las subvenciones”:

1º. En ningún caso el coste de adquisición de los gastos subvencionables podrá ser superior al valor de mercado.

2º. Salvo disposición expresa en contrario en las bases reguladoras de las subvenciones, se considerará gasto realizado el que fue efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación determinado por la normativa reguladora de la subvención.

3º. Cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención. La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará de conformidad con criterios de eficiencia y economía, y deberá justificarse expresamente en una memoria a elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

4º. En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y avance de

bienes inventariables, se seguirán las siguientes reglas:

a) Las bases reguladoras fijarán el período durante el cual la persona beneficiaria deberá destinar los bienes al fin concreto para el cual se concedió la subvención, que no podrá ser inferior a cinco años en caso de bienes inscribibles en un registro público, ni a dos años para el resto de bienes. En el caso de bienes inscribibles en un registro público, deberá hacerse constar en la escritura esta circunstancia, así como el importe de la subvención concedida, debiendo ser objeto estos extremos de inscripción en el registro público correspondiente.

b) El incumplimiento del deber de destino referido en la letra anterior, que se producirá en todo caso con la enajenación o el gravamen del bien, será causa de reintegro, quedando el bien afecto al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor, salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título o en establecimiento mercantil o industrial, en caso de bienes muebles no inscribibles.

5º. No se considerará incumplido el deber de destino cuando:

a) Tratándose de bienes no inscribibles en un registro público, hayan sido sustituidos por otros que sirvan en condiciones análogas al fin para el cual se concedió la subvención y este uso se mantenga hasta completar el período establecido, siempre que la sustitución hubiera sido autorizada por la administración concedente.

b) Tratándose de bienes inscribibles en un registro público, el cambio de destino, enajenación o gravamen sea autorizado por la Administración concedente. En este supuesto, el adquirente asumirá el deber de destino de los bienes por el período restante y, en el supuesto de incumplimiento de la misma, del reintegro de la subvención.



6º. Las bases reguladoras de las subvenciones establecerán, en su caso, las reglas especiales que se consideren oportunas en materia de amortización de los bienes inventariables. No obstante, el carácter subvencionable del gasto de amortización estará sujeto a las siguientes condiciones:

- a) Que las subvenciones no hayan contribuido a la compra de los bienes.
- b) Que la amortización se calcule de conformidad con las normas de contabilidad generalmente aceptadas.
- c) Que el coste se refiera exclusivamente al período subvencionable.

7º. Los gastos financieros, los gastos de asesoría jurídica o financiera, los gastos notariales y registrales y los gastos periciales para la realización del proyecto subvencionado y los de administración específicos son subvencionables si están directamente relacionados con la actividad subvencionada y son indispensables para la idónea preparación o ejecución de la misma, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras. Con carácter excepcional, los gastos de garantía bancaria podrán ser subvencionados cuando así lo prevea la normativa reguladora de la subvención.

En ningún caso serán gastos subvencionables:

- a) Los intereses deudores de las cuentas bancarias.
- b) Los intereses, recargos y sanciones administrativas y penales.
- c) Los gastos de procedimientos judiciales.

8º. Los tributos son gasto subvencionable cuando la persona beneficiaria

de la subvención los abona efectivamente. En ningún caso se consideran gastos subvencionables los impuestos indirectos cuando sean susceptibles de recuperación o compensación ni los impuestos personales sobre la renta.

9º. Los costes indirectos formarán parte de la justificación de la subvención, siempre que las bases reguladoras así lo prevean, siempre que se hubieran imputado por el beneficiario a la actividad subvencionada en la parte que razonablemente corresponda de acuerdo con principios y normas de contabilidad generalmente admitidas y, en todo caso, en la medida en la que tales costes correspondan al período en el que efectivamente se realiza la actividad.

## **9. Comprobación de subvenciones:**

El artículo 30 de la LSG dispone que el órgano concedente comprobará la idónea justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

En las subvenciones de capital superiores a 60.000 euros, en su cómputo individual, destinadas a inversiones en activos tangibles, será requisito imprescindible la comprobación material de la inversión por el órgano concedente, y quedará constancia en el expediente mediante acta de conformidad firmada, tanto por el representante de la administración como por el beneficiario. La comprobación material se podrá encomendar a otro órgano distinto del que concedió la subvención.

Excepcionalmente, la comprobación material se podrá sustituir por una justificación documental que constate de forma razonable y suficiente la realización de la actividad subvencionada.

La entidad colaboradora, en su caso, realizará, en nombre y por cuenta del órgano concedente, las comprobaciones previstas.

La Administración concedente podrá comprobar el valor de mercado de los gastos subvencionables por uno o varios de los siguientes medios:

- a) Precios de mercado.
- b) Cotizaciones de mercados nacionales y extranjeros.
- c) Estimación por referencia a los valores recogidos en los registros oficiales de carácter fiscal.
- d) Dictamen de peritos de la administración.
- e) Tasación pericial contradictoria.
- f) Cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

## **10. Reintegro de la subvención:**

El reintegro de la subvención procede en los casos de invalidez de la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 32 LSG, o en los casos expresamente previstos en el artículo 33 LSG.

### **1º) Invalidez de la resolución de concesión:**

Son causas de nulidad de la resolución de concesión:

- a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) La carencia o insuficiencia de crédito.

Son causas de anulabilidad de la resolución de concesión las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, de las reglas contenidas en esta Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuando el acto de concesión incurriese en alguno de los supuestos mencionados en los apartados anteriores, el órgano concedente procederá a su revisión de oficio o, en su caso, a la declaración de lesividad y ulterior impugnación, de conformidad con lo establecido en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo el deber de devolver las cantidades percibidas.

2º) Otras causas de reintegro:

También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en la que se acuerde el origen del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad o del proyecto o no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento del deber de justificación o justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 28 de esta Ley, y en su caso en las normas reguladoras de la subvención.

d) Incumplimiento del deber de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 3 del artículo 15 de esta Ley.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 11 y 12 de esta Ley, así como el incumplimiento de los deberes contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualquier administración o entes públicos o privados, estatales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de los deberes impuestos por la administración a las entidades colaboradoras y a los beneficiarios, así como de los compromisos por estos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se consiguen los objetivos, se realiza la actividad, se ejecuta el proyecto o se adopta el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de los deberes impuestos por la administración a las entidades colaboradoras y a los beneficiarios, así como de los compromisos por estos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad,

procedentes de cualquier administración o entes públicos o privados, estatales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) Adopción, en virtud del establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual derive una necesidad de reintegro.

i) En los demás supuestos contemplados en la normativa reguladora de la subvención.

Las reglas de competencia y el procedimiento de reintegro se regulan en los artículos 37 y siguientes de la LSG.

## BIBLIOGRAFÍA:

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**

**29. LAS PROPIEDADES  
ADMINISTRATIVAS EN GENERAL.  
CLASES. LOS BIENES  
PATRIMONIALES DE LA  
ADMINISTRACIÓN:  
PARTICULARIDADES Y RÉGIMEN  
COMÚN CON LOS BIENES  
DEMANIALES. EL DOMINIO  
PÚBLICO: CONCEPTO,  
NATURALEZA JURÍDICA,  
ELEMENTOS Y RÉGIMEN  
JURÍDICO.**



## PARTE IV TEMA 29: LAS PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS EN GENERAL. CLASES. LOS BIENES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES Y RÉGIMEN COMÚN CON LOS BIENES DEMANIALES. EL DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, ELEMENTOS Y RÉGIMEN JURÍDICO.

### I. INTRODUCCIÓN.

#### I.1. EL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

##### 1. Distinto concepto de “patrimonio” que en el Derecho Privado. “Patrimonio” versus “Hacienda Pública”.

De la misma manera que los sujetos privados son titulares de derechos y obligaciones de contenido económico que forman su patrimonio, las Administraciones Públicas disponen de sus propios patrimonios para el cumplimiento de sus fines. Pero el concepto de **patrimonio**, que deriva del Derecho Privado (Código Civil), en el ámbito del Derecho Público va a tener importantes peculiaridades.

Así, de acuerdo con el artículo 3.1 LPAP, de carácter *básico*, “el **patrimonio de las Administraciones públicas** está constituido por el **conjunto de sus bienes y derechos**, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos”. Pero, a diferencia de los patrimonios de los sujetos privados, en este conjunto de bienes y derechos **no deben incluirse** “el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería” (artículo 3.2 LPAP, también *básico*). Todos estos elementos excluidos vienen a corresponderse con lo que entendemos por “**Hacienda Pública**”.

Conforme a esta definición legal, y en atención a las exclusiones, puede decirse que el patrimonio de las Administraciones públicas estará formado por los **derechos reales** (derechos sobre las cosas –“reales” deriva del término latino “res”, que significa “cosa”-), como la propiedad, el usufructo, las servidumbres..., y **ciertos derechos de crédito** (también llamados “derechos personales”, que se centran en la exigencia de un determinado comportamiento de un tercero), como el derecho de arrendamiento de bienes y títulos representativos de sociedades públicas.

#### 2. Cada Administración es titular de su propio patrimonio.

El artículo 9.1 LPAP, no básico, señala que el **Patrimonio del Estado** está integrado “por el patrimonio de la Administración General del Estado y

los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma”, pero a pesar del pretendido carácter globalizador del término “Patrimonio del Estado” (utilizado en algunos artículos de la LPAP con finalidad puramente instrumental para permitir un tratamiento legal conjunto de esos patrimonios –como la competencia para la enajenación de bienes muebles, artículo 142.1 LPAP-), la realidad es que la Administración General del Estado y cada uno de sus organismos públicos dependientes o vinculados son **titulares de sus correspondientes patrimonios**, y lo mismo va a suceder con respecto a las Comunidades Autónomas, la Entidades que integran la Administración Local, y sus organismos públicos, dependientes o vinculados, en relación a sus correspondientes patrimonios.

## **1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

A los **juristas romanos** les debemos la categoría de bienes públicos, la distinción entre los destinados al uso general (*res publicae in uso publico*) y los destinados a los fines públicos (*res publicae in pecunia populi*), la extracomercialidad de las cosas públicas (que impide su apropiación por los particulares), y la conversión de las cosas en bienes públicos a través de un acto formal de vinculación a un fin público (llamado *dicatio*).

En la **Edad Media** y **Moderna**, los bienes públicos pasan a considerarse patrimonio del Rey o de la Corona. Para evitar las divisiones de los reinos por vía hereditaria y las enajenaciones de bienes del Monarca (principalmente inmuebles, productores de rentas con las que se sostenían los gastos públicos), las sociedades estamentales distinguieron entre el patrimonio personal del Rey, del que podía disponer, y el dominio de la Corona, que resultaba indisponible.

El primer impulso de la **Revolución Francesa** fue el de levantar la prohibición de enajenar el dominio de la Corona (que pasó a ser propiedad de la “Nación”, y los bienes empezaron a llamarse “bienes nacionales”) y favorecer su desamortización, pero posteriormente se vio la necesidad de recuperar las reglas de inalienabilidad e imprescriptibilidad para proteger estos bienes, y así se recogió en el Código de Napoleón de 1804.

La **legislación española** aceptó el concepto de bienes de dominio público proveniente de Francia, pero le añadió la categoría de bienes patrimoniales, siendo, de acuerdo con los artículos 338 a 345 del Código Civil de 1889, los bienes del Estado y de las entidades locales no destinados al uso público, servicio público o fomento de la riqueza nacional, esto es, los bienes que no consistieran en murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgase su concesión.

Los **bienes de dominio público** tuvieron, durante todo el siglo XX, una regulación general muy escasa, salvo los de las Comunidades Autónomas, que han ido dictando leyes que regulan sus patrimonios.

En el caso de los **bienes patrimoniales**, tras las desamortizaciones del siglo XIX, que produjeron el empobrecimiento de los Ayuntamientos y, paradójicamente, la acumulación de bienes por el Estado (provenientes de órdenes religiosas suprimidas y del clero secular), el siglo XX se caracterizó por la intervención del Estado en la vida económica del país y el establecimiento de políticas públicas sectoriales (repoblación forestal, reforma de estructuras agrarias, urbanismo, participación en el accionariado de empresas...) que aumentaron de forma general el volumen de bienes en manos de las Administraciones públicas.

En relación con este fenómeno, aparecen regulaciones de los bienes patrimoniales de las Corporaciones Locales y del Estado:

- Ley de Régimen Local de 1950.
- Decreto de 27 de mayo de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.
- Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado.

A partir de los **años 80** del siglo XX, señala Santamaría Pastor que las necesidades económicas del Estado del Bienestar y el avance de las políticas neoliberales provocarán una especie de segunda desamortización, con especial incidencia en el patrimonio empresarial y en ciertos tipos de propiedad inmueble.

### **I.3. LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (LPAP).**

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (**LPAP**) vino a sustituir al **Decreto 1022/1964**, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, que fue durante cuatro décadas la disposición fundamental de la legislación estatal sobre patrimonio.

Según la Exposición de Motivos de la LPAP, la **necesidad de una nueva Ley** en materia de patrimonio vino exigida por seis motivaciones principales:

- a)** La aprobación de la **Constitución de 1978**, la cual articula al Estado sobre la base de Comunidades Autónomas y cuyo artículo 132

exige leyes que regulen el Patrimonio del Estado y el régimen jurídico de los bienes de dominio público.

**b)** El proceso general de **renovación normativa**, que ha afectado a los cuerpos legales básicos que pautan la actividad de la Administración (como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

**c)** La **proliferación de regímenes especiales** de gestión patrimonial (aunque, como veremos más adelante, la LPAP no ha conseguido atajar este problema).

**d)** La notoria **ampliación del parque inmobiliario público**, especialmente a lo que se refiere a los edificios destinados a usos administrativos, y del **sector público empresarial**.

**e)** La necesidad de una **respuesta integral** a las nuevas condiciones en que ha de desenvolverse la gestión patrimonial, que no se logra con modificaciones parciales del Decreto 1022/1964.

**f)** La conveniencia de definir un **marco estatal** que sirva de referencia a las distintas Administraciones Públicas en cuanto **legislación básica** en materia de bienes públicos.

Esta última necesidad apuntada por la Exposición de Motivos es una de las principales virtualidades de la LPAP. La **Disposición Final 2ª LPAP** hace un listado de los artículos de la propia LPAP que tienen un carácter *básico* y cuáles son *de aplicación general*. Los primeros podrán ser desarrollados por las Comunidades Autónomas en sus propias normativas, pero sin contradecirlos, mientras que los segundos se aplican directamente sin poder ser objeto de tal desarrollo.

En este tema es conveniente señalar qué artículos son *básicos*, o *de aplicación general*, frente a los que no tengan alguno de estos caracteres, a efectos de entenderlos aplicables a todas las Administraciones Públicas (incluyendo a la Comunidad Autónoma de Galicia y a su propio patrimonio) o esencialmente a la Administración General del Estado. Cuando se indique que el artículo es “no básico”, ha de entenderse que no sólo no es básico, sino tampoco de aplicación general.

La LPAP consta de **197 artículos**, repartidos en los siguientes **títulos**:

- Título Preliminar: Disposiciones generales.
- Título I: Adquisición de bienes y derechos.
- Título II: Protección y defensa del patrimonio.
- Título III: De los bienes y derechos públicos.
- Título IV: Uso y explotación de los bienes y derechos.

- Título V: Gestión patrimonial.
- Título VI: Coordinación y optimización de la utilización de los edificios administrativos.
- Título VII: Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado.
- Título VIII: Relaciones interadministrativas.
- Título IX: Régimen sancionador.

Además, consta de veintidós disposiciones **adicionales**, cinco **transitorias**, una **derogatoria** y seis  **finales**.

## **II. CLASES DE PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS.**

### **II.1. CLASIFICACIÓN LEGAL BÁSICA.**

La distinción básica de los bienes y derechos que conforman el patrimonio de cada Administración Pública viene determinada por los artículos 4, 5 y 7 LPAP:

El artículo 4 LPAP, de *aplicación general*, señala que “por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser **de dominio público** o **demaniales** y **de dominio privado** o **patrimoniales**”.

Según el artículo 5.1 LPAP, de *aplicación general*, son **bienes y derechos de dominio público** los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

De acuerdo con el artículo 7.1 LPAP, de *aplicación general*, son **bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales** los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales.

### **II.2. PUNTOS DÉBILES DE ESTA CLASIFICACIÓN LEGAL.**

#### **1. Bienes que no son ni demaniales ni patrimoniales.**

De acuerdo con la clasificación que aportan estos artículos 4, 5 y 7 LPAP, parecería que todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio de las Administraciones Públicas son, o bien demaniales, o bien patrimoniales.

Sin embargo, la doctrina distingue bienes que no tienen ni el carácter de bienes demaniales ni el de bienes patrimoniales:

- El **Patrimonio Nacional**, regulado por la Ley 23/1982, de 16 de junio.

- El **Patrimonio de la Seguridad Social**, regulado por el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre.

- Los **bienes comunales**, en el ámbito de las entidades locales.

## **2. Distintos regímenes jurídicos en bienes de la misma clasificación.**

La simplicidad de la distinción legal invita a pensar en una uniformidad de régimen de los bienes demaniales, por un lado, y los bienes patrimoniales, por otro.

Esta idea resulta radicalmente falsa en el caso de los bienes **demaniales**, ya que el artículo 5.4 LPAP indica que estos bienes *se regirán en primer lugar por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación*, con preferencia sobre la propia LPAP, lo que significa que las aguas terrestres se rigen en primera instancia por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, mientras que las carreteras se rigen por el Decreto Legislativo 2/2009, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Carreteras, y así con la mayoría de los bienes demaniales, configurando regímenes jurídicos completamente distintos según el bien de dominio público de que se trate.

Parecería que encontraríamos más uniformidad entre los bienes **patrimoniales**, en la medida en que el artículo 7.3 LPAP señala que el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será, en primer lugar, el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen, pero este artículo no es básico, con lo que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia pueden establecer un régimen distinto para sus propios bienes patrimoniales.

## **3. Bienes patrimoniales, materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, que no adquieren la condición de demaniales.**

El artículo 30.3 LPAP, no básico, parece contravenir la definición de bienes demaniales que da el artículo 5.1 LPAP al admitir la existencia de **bienes patrimoniales que puedan estar materialmente afectados a un servicio público o a una función pública**, sin adquirir por ello la condición de bien demanial.

Sería el caso previsto en el artículo 8.4.b) del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, según el cual la conversión de bienes patrimoniales en demaniales se produce automáticamente por la adscripción de bienes patrimoniales por *más de veinticinco años* a un uso o servicio público o comunal. Mientras no pasen esos veinticinco años, estaríamos ante bienes patrimoniales afectados a un servicio público o a una función pública, que no adquirirían todavía la condición de demaniales.

Lo mismo sucede con el artículo 66.2.a) LPAP, no básico, que establece que surtirá los mismos efectos que la afectación expresa “la *utilización pública, notoria y continuada* por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general”. De esta manera, si la utilización no es pública, no es notoria o no es continuada, tendremos a un bien patrimonial materialmente vinculado al uso general o a un servicio público sin que adquiera por ello la condición de demanial.

### III. LOS BIENES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES Y RÉGIMEN COMÚN CON LOS BIENES DEMANIALES.

#### III.1. SIMILITUD DE REGULACIÓN DE LOS BIENES PATRIMONIALES Y DEMANIALES.

El **Código Civil** de 1889 ya preveía la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales, entendiendo que los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas se regirían por las normas que el propio Código Civil preveía para los bienes de los particulares, mientras que los bienes de dominio público se regirían por normas especiales configuradoras de un régimen exorbitante y distinto al civil.

La especialidad de este **régimen exorbitante** consistiría, como señala Parada Vázquez:

- Por un lado, en el establecimiento de **limitaciones** que se imponen a la Administración para el manejo de sus bienes, como puede ser la inalienabilidad de los mismos.

- Por otro lado, en el otorgamiento de **poderes privilegiados**, de naturaleza cuasi-judicial, para su protección y defensa, como las potestades de deslinde, reintegro posesorio o desahucio.

Sin embargo, la legislación posterior también fue asignando limitaciones y facultades especiales de este tipo a los bienes y derechos patrimoniales de la Administración, equiparables muchas de ellas a las de los bienes demaniales, creando un régimen coincidente en algunos



aspectos (régimen común) al lado de exorbitancias particulares de cada uno de los dos tipos de bienes y derechos.

La LPAP vino a recoger esta tendencia, dando en general un tratamiento unitario a ambas clases de bienes, y sólo distinguiendo a los bienes patrimoniales o demaniales en ciertos aspectos concretos (en el caso de los demaniales, para atribuirles un régimen todavía más exorbitante que a los bienes patrimoniales).

En el presente apartado, referente a los bienes patrimoniales, veremos tanto las reglas particulares de los bienes patrimoniales, como el régimen común aplicable a ambas clases de bienes, y en el siguiente, las peculiaridades de los bienes demaniales, con la excepción, en ambos apartados, del uso y explotación de los bienes y derechos, que es objeto propio y específico de otro tema del temario.

### **III.2. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN DE LOS BIENES PATRIMONIALES.**

#### **1. Definición.**

El artículo 7.1 LPAP, de *aplicación general*, aporta una definición negativa, al señalar que “son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales”.

#### **2. Bienes patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.**

El artículo 7.2 LPAP, no básico, señala que en todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la **Administración General del Estado** y sus **organismos públicos**:

- Los derechos de arrendamiento.
- Los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles (como Navantia) o de obligaciones emitidas por éstas.
- Los contratos de futuros y opciones (acuerdo de comprar o vender en el futuro a un precio prefijado) cuyo activo subyacente (el objeto del contrato) esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles.
- Los derechos de propiedad incorporeal (derecho de patente, derechos de autor...), y



- Los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales.

### **3. Régimen.**

También sin carácter *básico*, el artículo 7.3 LPAP establece que el **régimen** de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será:

1) El previsto en la **LPAP** y en las disposiciones que la desarrollen o complementen.

2) Supletoriamente, se aplicarán

- Las normas del **derecho administrativo** (como la Ley 30/1992), en todas las cuestiones relativas a la **competencia** para adoptar los correspondientes actos y al **procedimiento** que ha de seguirse para ello, y

- Las normas del **Derecho privado** (el Código Civil, principalmente) en lo que afecte a los **restantes** aspectos de su régimen jurídico.

### **4. Principios.**

El artículo 8.1 LPAP, de carácter *básico*, dispone que la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes **principios**:

- a. Eficiencia y economía (ahorro) en su gestión.
- b. Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.
- c. Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.
- d. Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.
- e. Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.

El artículo 8.2 LPAP, no básico, añade que en todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar (contribuir) al desarrollo y ejecución de las distintas **políticas públicas** en vigor y, en particular, al de la política de **vivienda**, en coordinación con las Administraciones competentes.

## **5. Representación en actuaciones relativas a bienes y derechos patrimoniales.**

El artículo 12.1 LPAP, no básico, señala que la representación de la **Administración General del Estado** en las actuaciones relativas a sus bienes y derechos patrimoniales corresponde al Ministerio de Hacienda, que la ejercerá a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado y las Delegaciones de Economía y Hacienda. La representación de la Administración General del Estado en materia patrimonial que corresponde al Ministro de Hacienda se ejercerá en el exterior por medio del representante diplomático, que podrá delegarla de manera expresa en funcionarios de la correspondiente embajada o representación.

El artículo 12.2 LPAP, no básico, añade que la representación de los **organismos públicos** vinculados a la Administración General del Estado en las actuaciones relativas a sus bienes y derechos patrimoniales corresponderá:

- A los órganos que legal o estatutariamente la tengan atribuida y,
- En defecto de atribución expresa, a sus presidentes o directores.

## **7. Disponibilidad de los bienes y derechos patrimoniales.**

El artículo 30.2 LPAP, de *aplicación general*, establece que los bienes y derechos patrimoniales podrán ser **enajenados** siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De igual forma, estos bienes y derechos podrán ser objeto de **prescripción adquisitiva** (“usucapión”) por terceros de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en las leyes especiales.

El artículo 30.3 LPAP, sin carácter *básico*, señala que ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de **embargo** ni despachar mandamiento de **ejecución** contra los bienes y derechos patrimoniales:

- Cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública (caso ya comentado con anterioridad),
- Cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados (como sería el caso de una propiedad incautada a un narcotraficante cuyos rendimientos se destinan a la lucha contra la drogodependencia), o

- Cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (como Navantia).

El **cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Administración General del Estado o sus organismos** se efectuará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 106 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **8. Recuperación posesoria de bienes y derechos patrimoniales.**

A diferencia de los particulares, que en caso de despojo de la posesión de sus bienes tienen que acudir a la vía judicial para recuperarla, el artículo 55.1 LPAP, de carácter *básico*, señala que las Administraciones Públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio.

Como indica el artículo 55.3 LPAP, también de carácter *básico*, si se trata de bienes y derechos patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de **un año**, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Eso sí, pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes ante los órganos del **orden jurisdiccional civil**, como tendría que hacer cualquier particular en el mismo caso.

## **9. Gestión patrimonial.**

Los artículos 110 a 154 LPAP regulan la gestión patrimonial de los bienes patrimoniales.

### A) Disposiciones generales.

El artículo 110.1 LPAP, no básico, establece que los **contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales** se registrarán:

#### a) En cuanto a su **preparación y adjudicación**,

- Por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y,
- En lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

b) Sus **efectos** y **extinción** se regirán por esta Ley y las normas de derecho privado.

Por su parte, el apartado 3, de *aplicación general*, de este artículo 110 LPAP dispone que el **orden jurisdiccional civil** será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el **orden jurisdiccional contencioso-administrativo** de acuerdo con su normativa reguladora (con lo que la competencia del orden jurisdiccional civil queda reservada para los actos dictados en relación con los efectos y la extinción de estos contratos).

Según el artículo 111 LPAP, no básico, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de **libertad de pactos**. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico (principio de legalidad), o a los principios de buena administración (como la eficacia y la eficiencia).

#### B) Arrendamiento de inmuebles.

El artículo 122 LPAP, no básico, indica que compete al Ministro de Hacienda **arrendar los bienes inmuebles** que la **Administración General del Estado** precise para el cumplimiento de sus fines, a petición, en su caso, del departamento interesado. Igualmente, compete al Ministro de Hacienda declarar la prórroga, novación, resolución anticipada o cambio de órgano u organismo ocupante. La instrucción de estos procedimientos corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Una vez concertado el arrendamiento, corresponderá al departamento u organismo que ocupe el inmueble el ejercicio de los **derechos y facultades** (el disfrute del inmueble, principalmente) y el cumplimiento de las **obligaciones** propias del arrendatario (como, por ejemplo, el pago del alquiler).

#### C) Conservación de los bienes y derechos patrimoniales.

Según el artículo 130.1 LPAP, no básico, la **conservación** de los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado compete a la Dirección General del Patrimonio del Estado a través de las Delegaciones de Economía y Hacienda.

#### D) Enajenación y gravamen.

El artículo 131 LPAP, no básico, señala que los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que **no sean necesarios** para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en este capítulo (además de no ser necesarios, no debe resultar conveniente su explotación, ya que el artículo 138 LPAP, no básico, da a entender la preferencia de la explotación sobre la venta).

No obstante, podrá acordarse la enajenación de bienes del Patrimonio del Estado **con reserva del uso temporal** de los mismos cuando, por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte conveniente para el interés público (esto permite a la Administración obtener el dinero de la enajenación, sin por ello perder el uso -aunque temporal- del bien). Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que éste.

El artículo 132 LPAP, no básico, indica que la enajenación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrá efectuarse en virtud de **cualquier negocio jurídico traslativo**, típico o atípico, de carácter **oneroso**. La enajenación a título gratuito sólo será admisible en los casos en que se acuerde su cesión conforme a los artículos 145 a 151 LPAP, referentes a la cesión gratuita de bienes o derechos.

De acuerdo con el artículo 135.1 LPAP, no básico, el órgano competente para enajenar los bienes **inmuebles** de la **Administración General del Estado** será el Ministro de Hacienda. La incoación y tramitación del expediente corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Por su parte, el apartado 3, no básico, de ese mismo artículo indica que cuando el valor del bien o derecho, según tasación, exceda de 20 millones de euros, la enajenación deberá ser autorizada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda.

La enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, siendo el concurso el procedimiento ordinario, según rezan los apartados 1 y 2, no básicos, del artículo 137.

De acuerdo con el artículo 142.1 LPAP, no básico, la competencia para enajenar los bienes **muebles** del **Patrimonio del Estado** corresponde al titular del departamento o al presidente o director del organismo público que los tuviese afectados o adscritos o los hubiera venido utilizando. Como señala el artículo 143.1 LPAP, no básico, la forma normal de enajenación será la subasta pública (atendiendo simplemente al dinero ofrecido), aunque en ciertos casos cabe la enajenación directa.

Con respecto a la enajenación de derechos de **propiedad incorporal** (derechos de patente, autor, etc.), el artículo 144.1 LPAP, no básico, establece que el órgano competente para la enajenación de los derechos de propiedad incorporal de titularidad de la Administración General del Estado será el Ministro de Hacienda, a iniciativa, en su caso, del titular del departamento que los hubiese generado o que tuviese encomendada su administración y explotación. La forma ordinaria de enajenación será la subasta pública, aunque en ciertos casos cabe la enajenación directa (artículo 144.3 LPAP, no básico).

#### E) Cesión gratuita de bienes o derechos patrimoniales.

El artículo 145 LPAP, no básico, señala que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser **cedidos** gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas (como la Fundación Semana Verde de Galicia) o asociaciones declaradas de utilidad pública (como la Asociación Coruñesa de Esclerosis Múltiple, o la Asociación Gallega contra las Enfermedades Neuromusculares ).

Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales (como la ONU), cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

La cesión podrá tener por objeto la **propiedad** del bien o derecho o sólo su **uso**. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al **fin** (la cesión siempre tiene un carácter finalista) expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el Código Civil.

Cuando la cesión tenga por objeto la **propiedad** del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios las comunidades autónomas, entidades locales o fundaciones públicas.

Parada Vázquez denuncia la política de favores y discriminaciones que puede llegar a producir la figura de la cesión, en la medida en que “la cesión se hace siempre sin el menor respeto a los intereses económicos del Estado y del principio de igualdad de los aspirantes entre los aspirantes a beneficiarios de la cesión, por contratación directa”.

#### F) Permuta de bienes y derechos.

Según el artículo 153 LPAP, no básico, los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser permutados cuando por razones debidamente justificadas en el expediente resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, **no sea superior al 50 %** de los que lo tengan mayor (por tanto, cabría permutar, por su cuantía, un terreno valorado en 10.000 € por otro de 5.000 €, pagándose la diferencia en dinero). Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie (sería el caso en el que el terreno mencionado, en vez de 5.000 €, tuviese un valor de 3.000 ó 4.000 €). La permuta podrá tener por objeto edificios a construir.

### **III.3. RÉGIMEN COMÚN DE LOS BIENES PATRIMONIALES Y DEMANIALES.**

#### **1. Disposiciones generales sobre el Patrimonio del Estado.**

La **definición** que aporta el artículo 9.1 LPAP, no básico, abarca tanto a bienes patrimoniales como a demaniales: el Patrimonio del Estado está integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma.

El artículo 10 LPAP, no básico, hace un listado de **competencias** del Consejo de Ministros, Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales, Ministros de Hacienda, Departamentos Ministeriales, Dirección General del Patrimonio del Estado, y organismos públicos dependientes de la Administración General del Estado, también referidas a ambos tipos de bienes.

También incluiríamos en este grupo las disposiciones referidas a **desconcentración, avocación, representación** en juicio, **coordinación** y **colaboración**, en los artículos 11, 12.3, 13 y 14 LPAP, no básicos.

#### **2. La adquisición de bienes y derechos.**

##### A) Encaje en el régimen común.

La doctrina mayoritaria, entre la que se encuentra Chinchilla Marín y Parada Vázquez, entiende que “**no hay modos de adquirir específicos para bienes demaniales y patrimoniales**, ya que todo depende de la afectación”, que se entiende que es posterior a dicha adquisición.

Otro sector, en el que puede citarse a Bayona de Perogordo, entiende que los modos de adquirir deberían incluirse en el **régimen específico de los bienes patrimoniales**, ya que, como principio general, los bienes y derechos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales.



### B) Principio general

El artículo 16 LPAP, no básico, indica que los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de **patrimoniales**, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público.

Esta regla rige “**salvo disposición legal en contrario**”, como es el caso del artículo 24 LPAP, que indica que la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público, se entenderá implícita en el caso de adquisición por **expropiación forzosa**.

### C) Modos de adquisición

Según el artículo 15 LPAP, de *aplicación general*, las Administraciones públicas **podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico** y, en particular, por los siguientes:

- a. Por atribución de la ley.
- b. A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación.
- c. Por herencia, legado o donación.
- d. Por prescripción.
- e. Por ocupación.

#### ■ Por atribución de la ley

Como señala Ramón Parada, la adquisición por ley comprendería el caso de las **leyes singulares expropiativas** (caso Rumasa, Ley 7/1983, de 19 de junio), los supuestos de **cesión obligatoria** establecidos en leyes generales (cesiones urbanísticas, y en particular, los terrenos necesarios para viajes, plazas y servicios), o las **calificaciones de géneros completos** de propiedades o facultades del derecho de propiedad como de dominio público (como hizo la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que calificó de dominio público las aguas subterráneas).

Los apartados 1 y 2 del artículo 17 LPAP, de *aplicación general*, añaden otro supuesto, al señalar que pertenecen a la Administración General del Estado los **inmuebles que carecieren de dueño** (son los llamados “bienes mostrencos”). La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, la atribución *ex lege* de la propiedad de los inmuebles vacantes se realiza a



favor de la **Administración General del Estado**, y no cabe que por Ley autonómica se haga una atribución semejante en relación con la respectiva Comunidad Autónoma, pues para ello sería necesaria una Ley estatal.

El mismo artículo 17 LPAP termina señalando, en sus apartados 3 y 4, también de *aplicación general*, que la Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. Además, si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

Esta regulación viene a significar que los particulares podrán ocupar los bienes inmuebles vacantes y adquirir su propiedad a través de la **prescripción adquisitiva** (“usucapión”), por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título, o por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes (1957 y 1959 CC).

Otro supuesto es el de los **saldos y depósitos abandonados**, recogido en el artículo 18 LPAP, de *aplicación general*, que indica que corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de **20 años**.

Los objetos físicos adquiridos en virtud de este precepto, como los que puedan estar depositados en cajas de seguridad, se convertirán en bienes patrimoniales, pero los saldos bancarios no tendrán esa consideración, ya que el dinero no entra dentro del concepto legal de patrimonio de una Administración pública, por lo que se ingresarán sin más en el Tesoro.

#### ■ A título oneroso y de carácter voluntario.

El artículo 19 LPAP, no básico, establece que las adquisiciones de bienes y derechos a título **oneroso** (no gratuito) y de carácter **voluntario** (como sería el caso de una compraventa) se regirán por las disposiciones de la LPAP y supletoriamente por las normas del derecho privado, civil o mercantil.

De acuerdo con el artículo 115.1 LPAP, no básico, para la adquisición de bienes o derechos la Administración podrá concluir **cualesquiera contratos**, típicos (como la compraventa) o atípicos (como el *leasing* o arrendamiento financiero).

En cuanto a la adquisición de **inmuebles** o derechos sobre los mismos, el artículo 116.1 LPAP, no básico, señala que en el ámbito de la **Administración General del Estado**, la competencia para adquirir a título oneroso bienes inmuebles o derechos sobre los mismos corresponde al Ministro de Hacienda. La tramitación del procedimiento corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Con respecto a los bienes **muebles**, el artículo 120.1 LPAP, no básico, señala que la adquisición de bienes muebles por la Administración General del Estado o sus organismos autónomos se registrará por la legislación que regula la contratación de las Administraciones públicas (en esencia, contrato de suministros).

El artículo 121.1 LPAP, no básico, establece que la adquisición de los **derechos de propiedad incorporal** por la Administración General del Estado se efectuará por el Ministro de Hacienda, a propuesta, en su caso, del titular del departamento interesado en la misma. El apartado 4, de carácter *básico*, de este artículo indica que cuando la adquisición de derechos de propiedad incorporal tenga lugar en virtud de contratos administrativos (como sería el caso, por ejemplo, de un contrato de servicios para el diseño de una nueva imagen corporativa del INSALUD o del SERGAS), se aplicará lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. La adquisición de estos derechos por medio de convenios de colaboración (por ejemplo, con una universidad) se ajustará a sus normas especiales y a lo establecido en los propios convenios.

#### ■ Por herencia, legado o donación

El artículo 20 LPAP establece **normas especiales sobre adquisiciones hereditarias**. Su apartado 1, no básico, señala que la aceptación de las herencias, ya hayan sido deferidas testamentariamente o en virtud de ley, se entenderá hecha siempre **a beneficio de inventario** (lo que tendrá como principal efecto, de acuerdo con el artículo 1023 CC, que las Administraciones públicas no quedan obligadas al pago de las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma).

Los apartados 2 y 3, de *aplicación general*, de este artículo 20 LPAP, señalan que cuando una disposición gratuita se hubiese efectuado a favor de una Administración pública para el cumplimiento de **finés o la realización de actividades que sean de la competencia exclusiva de otra**, se notificará la existencia de tal disposición a la Administración

competente a fin de que sea aceptada, en su caso, por ésta. Si la disposición se hubiese efectuado para la realización de **fines de competencia de las Administraciones públicas sin designación precisa del beneficiario**, se entenderá efectuada a favor de la Administración competente y, de haber varias con competencias concurrentes, a favor de la de ámbito territorial superior de entre aquéllas a que pudiera corresponder por razón del domicilio del causante.

El artículo 21 LPAP, no básico, señala en su apartado 1 que corresponde al Ministro de Hacienda **aceptar las herencias, legados y donaciones** a favor de la Administración General del Estado, salvo los casos en que, con arreglo a la Ley del Patrimonio Histórico Español, la competencia esté atribuida al Ministro de Educación, Cultura y Deporte. No obstante, las donaciones de bienes muebles serán aceptadas por el Ministro titular del departamento competente cuando el donante hubiera señalado el fin a que deben destinarse.

#### ■ Por prescripción

De acuerdo con el artículo 22 LPAP, de *aplicación general*, las Administraciones Públicas podrán adquirir bienes por **prescripción adquisitiva** (“usucapión”, es decir, adquisición de la propiedad o de un derecho real mediante su ejercicio en las condiciones y durante el tiempo previsto por la ley) con arreglo a lo establecido en el Código Civil (artículos 1940 a 1960 CC) y en las leyes especiales.

#### ■ Por ocupación

El artículo 23 LPAP, de *aplicación general*, indica que la **ocupación de bienes muebles** (tesoros, caza, pesca...) por las Administraciones públicas se regulará por lo establecido en el Código Civil (artículos 610 a 617 CC) y en las leyes especiales (Ley de Patrimonio Histórico Español, Leyes de caza y pesca...).

#### D) Procedimientos judiciales o administrativos.

Los artículos 25 y 26 LPAP, no básicos, por su parte, aluden a adjudicaciones de bienes y derechos en **procedimientos judiciales o administrativos**, que se producen en pago de deudas (generalmente, por impuestos o multas impagadas).

## **2. Obligación de proteger y defender el patrimonio.**

El artículo 28 LPAP, *básico*, señala que las Administraciones públicas están obligadas a **proteger y defender** su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran,

procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

Con respecto al deber de **custodia**, el artículo 29.1 LPAP, no básico, establece que los titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del Patrimonio del Estado están obligados a velar por su custodia y defensa, en los términos establecidos en este título.

Su apartado 2, *básico*, añade que iguales obligaciones competen a los titulares de concesiones y otros derechos sobre los bienes de dominio público.

### **3. Transacción y sometimiento a arbitraje.**

El artículo 31 LPAP, no básico, indica que no se podrá **transigir** (“consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia”) judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a **arbitraje** las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

Un ejemplo de transacción lo tenemos en el Real Decreto 243/2010, de 5 de marzo, por el que el Consejo de Ministros transigió en transferir a la Comunidad Autónoma de Aragón, entre otras cosas, la totalidad de la participación accionarial del Estado en «Expo Zaragoza Empresarial, S.A.»

### **4. Inventario de bienes y derechos.**

#### Obligación de formar inventario.

El artículo 32.1 LPAP, *básico*, establece que las Administraciones públicas están **obligadas** a inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio (por consiguiente, tanto sus bienes patrimoniales como los demaniales), haciendo constar, con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar su situación jurídica y el destino o uso a que están siendo dedicados.

Su apartado 4, también *básico*, señala que el inventario patrimonial de las comunidades autónomas, entidades locales y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ellas incluirá, al menos, los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos.

La imposición de este deber a las Administraciones es relativamente reciente, pues, sobre todo en relación con los bienes de dominio público (piénsese en la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental), la

ostensibilidad de su existencia parecía no hacerlo necesario. En cuanto se constató que con ciertos bienes (como los montes públicos) podría haber problemas en cuanto a la definición de su titularidad empezó a implantarse su obligatoriedad.

### Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

El artículo 33.1 LPAP, no básico, señala que el **Inventario General de Bienes y Derechos del Estado** está a cargo del Ministerio de Hacienda, su llevanza corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado y a las unidades con competencia en materia de gestión patrimonial de los departamentos ministeriales y organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, que actuarán como órganos auxiliares.

Su apartado 4, no básico, indica que el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado **no tiene la consideración de registro público** y los datos reflejados en el mismo, así como los resultados de su agregación o explotación estadística, constituyen **información de apoyo** para la gestión interna y la definición de políticas de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Estos datos **no surtirán efectos frente a terceros** ni podrán ser utilizados para hacer valer derechos frente a la Administración General del Estado y sus organismos públicos (sin embargo, como señala Ramón Parada, pueden constituir un principio de prueba por escrito, dado el valor probatorio general que se asigna a los documentos que elaboran los funcionarios -artículos 1216 y 1218 CC-).

La consulta por terceros de los datos del Inventario General sólo será procedente cuando formen parte de un expediente y de conformidad con las reglas generales de acceso a éstos.

## **5. El régimen registral.**

Tras una evolución histórica problemática, el artículo 36.1 LPAP establece claramente que las Administraciones públicas **deben** inscribir en los correspondientes **registros** (esencialmente, el de propiedad) los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria.

## **6. Defensa de los patrimonios públicos.**

Las letras a), b) y c) del artículo 41 LPAP, *básico*, señalan que para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas:

a. **Investigar** la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio.

b. **Deslindar** en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.

c. **Recuperar de oficio** la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos.

La letra d) de este artículo 41 LPAP incluye la prerrogativa de **desahuciar** en vía administrativa, pero sólo a los poseedores de los inmuebles **demaniales** (no los patrimoniales) una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

El conocimiento de las cuestiones de naturaleza **civil** que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional.

A efectos de exclusión del régimen común, también hay que tener en cuenta que las **entidades públicas empresariales** dependientes de la Administración General del Estado (como Red.es, ADIF o AENA) o vinculadas a ella y las entidades asimilables a las anteriores vinculadas a las administraciones de las comunidades autónomas y corporaciones locales sólo podrán ejercer las potestades enumeradas en el apartado 1 de este artículo para la defensa de bienes que tengan el carácter de **demaniales**.

El artículo 42 LPAP, *básico*, indica que iniciado el procedimiento para el ejercicio de las facultades y potestades expresadas en el artículo anterior, el órgano competente para resolverlo podrá, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, adoptar las **medidas provisionales** (como la paralización de unas obras) que considere necesarias para asegurar la eficacia del acto que en su momento pueda dictarse.

En los casos en que exista un peligro inminente de pérdida o deterioro del bien, estas medidas provisionales podrán ser adoptadas, con los requisitos señalados en el artículo 72.2 de la citada Ley, **antes de la iniciación del procedimiento**.

El artículo 43 LPAP, de *aplicación general*, señala que frente a las actuaciones que, en ejercicio de las facultades y potestades enumeradas en el artículo 41 de esta Ley y de acuerdo con el procedimiento



establecido, realicen las Administraciones públicas **no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión** (los antiguos interdictos posesorios, que ahora se sustituyen por juicios verbales, y que tienen por objeto determinar quién es el poseedor legítimo del bien de forma provisional) **prevista en el artículo 250.4 de la Ley 1/2000**, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las demandas en las que se ejercite esta pretensión no serán admitidas a trámite.

Los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades que afecten a titularidades y derechos de carácter **civil** sólo podrán ser recurridos ante la **jurisdicción contencioso-administrativa** por infracción de las normas sobre **competencia** (por ejemplo, el órgano que practicó el deslinde no era el competente) y **procedimiento** (por ejemplo, no se publicó en el BOE ni en el tablón de edictos del Ayuntamiento el inicio del procedimiento de deslinde, o en el procedimiento de recuperación de oficio, no se dio audiencia al interesado o no se le dio un plazo de ocho días para que cese en su usurpación posesoria), previo agotamiento de la vía administrativa.

Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de **propiedad** u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del **orden jurisdiccional civil**, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por tanto, recurriremos a la vía civil, por ser una cuestión de propiedad (no de competencia o procedimiento), cuando en el deslinde de sus bienes la Administración delimite como suyos cincuenta metros cuadrados de finca que entendemos que son nuestros.

#### Facultad de investigación.

El artículo 45 LPAP, *básico*, establece que las Administraciones públicas tienen la **facultad** (igual que cualquier otro propietario) de investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formen parte de su patrimonio, a fin de determinar la titularidad de los mismos cuando ésta no les conste de modo cierto.

#### Potestad de deslinde.

El artículo 384 del Código Civil señala que todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad (fijar sus límites), con citación de los dueños de los predios colindantes, y que la misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales (derecho de servidumbre -de paso, de vistas, etc.-, usufructo, etc.), pero en caso de discrepancia entre los titulares de los distintos derechos, ninguno puede imponerse sobre los

otros, sino que tendrán que acudir a un juicio declarativo para que el Juez señale los límites correspondientes. Rige, por tanto, el principio de heterotutela (“hetero”, otro; tutela de otro, el Juez).

En cambio, el principio de autotutela, permite que la Administración pueda imponer provisionalmente su criterio en el deslinde de sus bienes patrimoniales o de dominio público, con un alcance en principio limitado, ya que sólo declara y constituye la posesión de la Administración sobre los bienes deslindados, salvo disposición legal en contrario (como sucede con el artículo 13 de la Ley de Costas, que establece que el deslinde aprobado “declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado”).

La LPAP alude a esta potestad de deslinde en el artículo 50, de carácter *básico*, que establece que las Administraciones públicas podrán **deslindar** los bienes inmuebles de su patrimonio de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación, y como expresión del principio de autotutela, señala que una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión.

#### Potestad de recuperación posesoria.

Como vimos anteriormente, el artículo 55 LPAP, *básico*, señala que las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio, con ciertas diferencias según el bien sea demanial o patrimonial, como se indica en sus apartados respectivos.

### **7. Cooperación en la defensa de los patrimonios.**

Los artículos 61 a 64 LPAP regulan la **cooperación en la defensa** de los patrimonios públicos, destacando los dos primeros, de carácter *básico*, que regulan la colaboración del personal al servicio de la Administración y la colaboración ciudadana.

## **IV. EL DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, ELEMENTOS Y RÉGIMEN JURÍDICO.**

### **IV.1. CONCEPTO.**

Tal como vimos, el artículo 5.1 LPAP, de *aplicación general*, señala que “son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de **titularidad pública**, se encuentren afectados al **uso general** o al **servicio público**, así como aquellos a los que una **ley** otorgue expresamente el carácter de demaniales”.



El apartado 2, también de *aplicación general*, señala que “son bienes de dominio público estatal, en todo caso, los mencionados en el artículo **132.2** de la Constitución”, que se mencionarán más adelante.

### 1. Afectados al uso general.

El “uso general”, o uso de todos, se ha ido delimitando tradicionalmente en la normativa a través de ejemplos.

Así, el artículo **339.1 CC** señala que son bienes de dominio público “los destinados al uso público, como los **caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes** construidos por el Estado, las **riberas, playas, radas** y otros análogos”, y el artículo 344 CC que “son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las **plazas, calles, fuentes y aguas públicas**, los **paseos** y las **obras públicas de servicio general**, costeadas por los mismos pueblos o provincias”.

Por su parte, el artículo **74** del **Real Decreto Legislativo 781/1986**, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) establece que “son bienes de uso público local los **caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes** y demás **obras públicas de aprovechamiento o utilización generales** cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local”.

También en el ámbito local, el artículo **3.1** del **Real Decreto 1372/1986**, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL) establece que son bienes de uso público local los **caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes** y demás **obras públicas de aprovechamiento o utilización generales** cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local.

Santamaría Pastor destaca la imprecisión de estas listas, en la medida en que no se dan reglas de delimitación de lo que haya de entenderse por “playa” o “carretera”. Ha sido la legislación sectorial (Ley de Costas, Ley de Carreteras...) la que ha venido a colmar esta deficiencia.

### 2. Afectados al servicio público.

El término “servicio público”, como señala Parada Vázquez, ha seguido una evolución en cuanto a su significado:

- El **Código Civil de 1889** adoptó una **concepción restrictiva**, por cuanto sólo hacía mención de bienes afectados al servicio público pertenecientes al **Estado** (y no a otras Administraciones), y el servicio

público prestado sólo se refería a la **defensa nacional** (“murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio”, artículo 339.2 CC; también 341 CC).

- El **TRRL de 1986** vino a **ampliar** esta concepción al prever en su artículo 74.2 que “son bienes de servicio público los destinados al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como **Casas Consistoriales, Palacios Provinciales** y, en general, **edificios** que sean **sede** de las mismas, **mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos**, así como los **montes** catalogados de propiedad provincial”.

En el mismo sentido, el artículo 4 **RBEL de 1986** indica que “son bienes de servicio público los destinados **directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales**, tales como **Casas consistoriales, Palacios provinciales** y, en general, **edificios** que sean de las mismas, **mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios**, elementos de **transporte, piscinas y campos de deporte**, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos”.

- La **LPAP de 2003**, por su parte, no establece ningún condicionamiento al servicio público referido, con lo que asume una **concepción amplia** que afecta, en cuanto a la titularidad, a cualquier Administración, y en cuanto al objeto, a la totalidad de las funciones administrativas típicas, sin que se exija una especial idoneidad o una especial conexión del bien con el servicio público correspondiente (tal como sucede en Francia), considerándose igualmente demaniales la mesa de un funcionario, un coche de policía o un misil del ejército.

### **3. Aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.**

El artículo **132.2 CE** señala que “son bienes de dominio público estatal los que determine la **Ley** y, en todo caso, la **zona marítimo-terrestre**, las **playas**, el **mar territorial** y los **recursos naturales de la zona económica** y la **plataforma continental**”.

Por su parte, el artículo **5.3 LPAP**, no básico, indica que “los **inmuebles** de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que **se alojen servicios, oficinas o dependencias** de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado (como el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo) se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público”, referencia quizá innecesaria, en cuanto que estos bienes ya se consideran de dominio público por su afectación a un servicio público.

Además, el artículo **66.1.e) LPAP**, no básico, considera afectados los bienes **muebles** necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para la decoración de dependencias oficiales.

Entrando en lo que viene llamándose **legislación sectorial**, Santamaría Pastor hace una relación de los bienes calificados como demaniales por la vigente legislación estatal:

- El **dominio público aeroportuario** (Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea).

- Las **minas** (artículo 2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas).

- Las **carreteras, autovías y autopistas** y sus franjas anexas (artículo 21 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras).

- El **dominio público portuario** (artículo 14 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.).

- Las **vías pecuarias** (artículo 2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias).

- El **dominio público hidráulico** (artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas).

- El **espectro radioeléctrico** (artículo 43 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

- El **dominio público ferroviario** (artículo 12 y 13 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario).

- Los **montes de dominio público** (artículo 12.1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes).

#### **IV.2. NATURALEZA JURÍDICA.**

El **Código Napoleónico de 1804** indicaba que **los bienes demaniales “no son susceptibles de propiedad privada”**, lo que llevó a los autores de la época a entender que el dominio público no suponía realmente el ejercicio de un derecho de propiedad, sino de un poder de soberanía, o de policía, guarda o vigilancia.

Un ejemplo de esta corriente doctrinal lo tenemos en **Proudhon**, que en **1833** sostenía que el Estado sólo podía ser propietario de sus bienes patrimoniales, no sobre los de dominio público, partiendo de la tradición romana de entender los bienes demaniales como *res nullius* (cosas sin dueño) o como *res omnium communis* (cosas de toda la comunidad). En España, el gran administrativista Manuel Colmeiro se adheriría a esta corriente.

La **Escuela del Servicio Público** (León Duguit y Gastón Jeze) entendió innecesaria la consideración del dominio público como una propiedad. A su juicio, el criterio de **competencia** llegaba para explicar las facultades y prerrogativas de la Administración sobre esta clase de bienes.

Fue **Maurice Hauriou**, coetáneo de los anteriores, el que en **1892** defendió la consideración del dominio público como una **modalidad del derecho real de propiedad**, tesis seguida por la **jurisprudencia francesa** y asumida por nuestra **Ley del Patrimonio del Estado de 1964**, que hace referencia, en su artículo 1, a los “bienes *propiedad* del Estado que tienen la consideración de demaniales”, mientras que el artículo 5.1 **LPAP**, de *aplicación general*, habla de **titularidad** pública, en la medida en que abarca tanto a bienes como a derechos.

A juicio de **Parada Vázquez**, ninguna tesis resuelve satisfactoriamente el debate, pero, a su juicio, la que entiende el dominio público como una propiedad ha servido tanto para establecer un régimen de protección y seguridad jurídica (acceso a registros, acciones defensivas, deslinde...), encajables en el concepto de propiedad, como para que los particulares puedan plantear cuestiones de propiedad ante los tribunales civiles (que son los exclusivamente competentes para tratar cuestiones de propiedad, art 9.4 LOPJ).

Por su parte, **Santamaría Pastor** entiende que la calificación de derecho de propiedad encaja bien con respecto a los bienes afectados a los servicios públicos, pero no con respecto al llamado *demanio natural* (es decir, los bienes cuyas condiciones físicas no son similares a otros bienes de propiedad privada, como los ríos, el espacio aéreo, la zona marítimo terrestre...), para el que el dominio público se concibe más bien como un título jurídico público de intervención, y añade que la razón principal de atribuir su titularidad a los entes públicos es la de excluir su apropiación por particulares y evitar su desnaturalización.

### **IV.3. ELEMENTOS.**

#### **1. Sujetos.**

Nuestro **Código Civil**, de **1889**, sólo preveía, como titulares de los bienes de dominio público, al Estado, las provincias y los pueblos, por lo

que la doctrina entendió que sólo los entes territoriales (entre los que, hoy en día, habría que incluir a las CCAA) podían ser titulares de estos bienes, y no los entes instrumentales (organismos públicos, como el SERGAS, la EGAP o la AGASP).

Tanto las **normas sectoriales** como la **LPAP** desmienten esta tesis, previendo expresamente que los **organismos públicos** puedan **también** ser titulares tanto de bienes como de derechos demaniales.

## **2. Objeto.**

El artículo 5.1 LPAP, de carácter general, menciona tanto los bienes como los derechos, a efectos de su consideración como demaniales:

- En cuanto a los **bienes**, éstos pueden ser tanto inmuebles (un edificio administrativo o una carretera) como muebles (un cuadro de Velázquez o un arma del ejército).

- Con respecto a los **derechos**, lo normal será el derecho de propiedad, aunque también se abre la posibilidad de incluir derechos sobre cosa ajena, como las servidumbres, cumpliendo siempre con los requisitos de afectación o mención legal que exige el citado artículo 5.1 LPAP. Dentro del derecho de propiedad, hay que incluir el derecho de propiedad industrial o intelectual -como el del Estado sobre el Himno Nacional-.

## **3. Destino.**

### **■ Clases de afectación.**

Hacer referencia al destino o fin de los bienes y derechos demaniales obliga a analizar el concepto jurídico de la **afectación**, incluyendo en este término tanto la vinculación del bien o derecho a un uso general o servicio público, como la inclusión del bien o derecho en la categoría de demanial por atribución de una ley (artículos 65 y 66.1 LPAP).

En este sentido amplio, la afectación puede producirse:

#### **A) Por vía legal:**

En este supuesto, una norma de rango de ley atribuye expresamente el carácter de demaniales a una determinada categoría de bienes, como puede ser la Ley de Carreteras con respecto a las carreteras estatales.

En este tipo de afectación debe incluirse el caso de afectación constitucional que realiza el artículo 132.2 CE.

#### **B) Por vía administrativa:**

En esta vía nos encontramos tres supuestos:

- Afectación **expresa**.

Se tramita un **procedimiento administrativo directamente encaminado a afectar** un bien a un uso general o servicio público.

Sería el caso en el que la Administración General del Estado decide convertir en biblioteca pública un edificio que no está destinando a nada en concreto (es un bien patrimonial), y tramita un procedimiento administrativo para proceder a esa afectación.

El artículo 66.1 LPAP, no básico, alude a este tipo de afectación al señalar que, salvo que la afectación derive de una norma con rango legal, ésta deberá hacerse en virtud de acto **expreso** por el órgano competente, en el que se indicará el bien o derecho a que se refiera, el fin al que se destina, la circunstancia de quedar aquél integrado en el dominio público y el órgano al que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación.

Los pasos a dar en el procedimiento administrativo de afectación vienen establecidos en el artículo 68 LPAP, no básico.

- Afectación **implícita**.

Se tramita un **procedimiento administrativo, no directamente encaminado a afectar**, pero que supondrá en la práctica que un bien o derecho quede afectado a un uso general o servicio público.

Ejemplos de este tipo de afectación vienen recogidos en los apartados c) y d) del artículo 66.2 LPAP, no básico: "Surtirán los mismos efectos de la afectación expresa los hechos y actos siguientes: C) La adquisición de bienes y derechos por **expropiación forzosa**, supuesto en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.2 de esta Ley, los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social. D) La aprobación por el Consejo de Ministros de **programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios**, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público.

- Afectación **presunta**.

**No se tramita procedimiento administrativo alguno**, pero se produce de hecho una vinculación de un bien a un uso general o servicio público.

Ejemplos de esta modalidad de afectación los encontramos en los apartados a) y b) del artículo 66.2 LPAP, no básico: “Surtirán los mismos efectos de la afectación expresa los hechos y actos siguientes: A) La **utilización pública, notoria y continuada** por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general. B) La adquisición de bienes o derechos por **usucapión**, cuando los actos posesorios que han determinado la prescripción adquisitiva hubiesen vinculado el bien o derecho al uso general o a un servicio público, sin perjuicio de los derechos (como las servidumbres) adquiridos sobre ellos por terceras personas al amparo de las normas de derecho privado.

### ■ **Afectaciones concurrentes.**

El artículo 67.1 LPAP, no básico, señala que los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser objeto de **afectación a más de un uso o servicio** de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, siempre que los diversos fines concurrentes sean compatibles entre sí.

Como ejemplo puede señalarse el supuesto de la carretera sobre la que pasan raíles de un tranvía, pudiendo utilizarse, por tanto, para transporte por carretera como para transporte ferroviario, o el supuesto en el que por debajo de la carretera se colocan tuberías de agua.

### ■ **Mutaciones demaniales.**

Se distinguen varias clases de mutaciones demaniales:

#### **A) Mutaciones objetivas.**

Se produce una **modificación del destino** del bien o derecho, sin dejar de vincularse a un uso general o servicio público.

Sería el supuesto en el que un terreno por el que pasaba una vía férrea pasa a destinarse a carretera

El artículo 71.1 LPAP, no básico, se refiere a esta clase de mutación al señalar que “la mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella”.

#### **B) Mutación subjetivas.**

Se distinguen dos tipos:



- **Externa** (cambio de titularidad):

Sería el caso de escisión o fusión de municipios, o agregación de una parte de un municipio a otro: El bien o derecho que pertenecía a un municipio pasa a formar parte de otro.

Lo mismo sucedería en el supuesto de transferencia de competencias de una Administración a otra (del Estado a una Comunidad Autónoma, por ejemplo), que conllevara la transferencia de la titularidad de los bienes a través de los que se ejerce dicha competencia.

- **Interna** (cambio de órgano en el seno de una misma Administración):

A este supuesto se refiere el artículo 71.3 LPAP, no básico, al señalar que “en los casos de reestructuración orgánica se estará, en lo que respecta al destino de los bienes y derechos que tuviesen afectados o adscritos los órganos u organismos que se supriman o reformen, a lo que se establezca en la correspondiente disposición. Si no se hubiese previsto nada sobre este particular, se entenderá que los bienes y derechos continúan vinculados a los mismos fines y funciones, considerándose afectados al órgano u organismo al que se hayan atribuido las respectivas competencias sin necesidad de declaración expresa”.

■ **Cese de la afectación.**

**A)** Cese de la afectación en caso de afectación **legal**.

En este caso, la desafectación podría producirse:

- Por derogación o modificación de la norma legal.

- Por desnaturalización, es decir, por pérdida de las características físicas que hacían al bien encajar en la definición de la norma legal (un río que se seca, o una playa que desaparece bajo el arbolado y demás vegetación). Como señala Santamaría Pastor, en ciertos supuestos de desnaturalización, la legislación sectorial exige desafectación expresa, como en el de la Ley de Costas con respecto a las playas y costas, mientras que en otros, como el de las aguas continentales, la desnaturalización provoca el cese automático de la demanialidad.

**B)** Cese de la afectación en caso de afectación en vía **administrativa**.

El artículo 69 LPAP señala que “los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en



que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público. Salvo en los supuestos previstos en esta Ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma **expresa**".

Pese al literal de este artículo, no sólo en los supuestos previstos en la LPAP cabrá otro tipo de desafectación (implícita o presunta), sino en los supuestos que prevea **cualquier norma de rango legal**, como la Ley de Minas o la de Aguas.

En la propia LPAP se prevé la **desafectación implícita** en los siguientes casos:

-: En caso de reversión, en una expropiación (artículo 24.4 LPAP, párrafo 2, no básico).

- En caso de desadscripción de un bien (artículo 79 LPAP, no básico).

- Al dictar acuerdo de enajenación de bienes muebles (artículo 142.2 LPAP, no básico)..

- Por cesión de bienes muebles (artículo 143.3 LPAP, no básico).

Con respecto a la **desafectación presunta**, es decir, la desvinculación de hecho al uso general o servicio público, sin tramitación de procedimiento administrativo alguno, el artículo 69 LPAP, no básico, parece querer excluir esta modalidad de desafectación, pero, como indica Climent Barberá, esta interpretación es contraria a la propia definición legal de dominio público (artículo 5.1 LPAP, de *aplicación general*) y de afectación (artículo 65 LPAP, no básico), por lo que la doctrina (García de Enterría) y el Tribunal Supremo (STSs de 2 de junio de 1989 y de 22 de junio de 1991) han aceptado su existencia.

### ■ **Adscripción y desadscripción de bienes y derechos.**

De acuerdo con el artículo 73 LPAP, no básico, los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquélla para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción **llevará implícita la afectación** del bien o derecho, que **pasará a integrarse en el dominio público**.

Igualmente, los bienes y derechos propios de un organismo público podrán ser adscritos al cumplimiento de fines propios de otro.

La adscripción no alterará la titularidad sobre el bien.

#### IV.4. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO ESTABLECIDO EN LA LPAP PARA LOS BIENES DEMANIALES.

Así como antes vimos los preceptos de la LPAP específicamente aplicables a los bienes patrimoniales y los que podían aplicarse tanto a bienes demaniales como patrimoniales, queda por recoger los que se aplicarán de forma específica a los bienes demaniales y que no se hayan recogido ya en este apartado IV.

##### 1. Régimen jurídico.

De acuerdo con el artículo 5.4 LPAP, de *aplicación general*, los bienes y derechos de dominio público se registrarán:

**1)** Por las **leyes y disposiciones especiales** que les sean de aplicación (las aguas, por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; la zona marítimo-terrestre, por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, etc.).

**2)** A falta de normas especiales, por la **LPAP** y las disposiciones que la desarrollen o complementen.

**3)** De forma supletoria, por las **normas generales del derecho administrativo** (como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común),

**4)** En su defecto, las normas del **derecho privado**.

Como indica la Exposición de Motivos de la LPAP en relación a bienes de dominio público, esta Ley sólo se aplicará en primer grado a “aquellos bienes demaniales por afectación que carecen de una disciplina específica, señaladamente, los **edificios administrativos**”.

##### 2. Principios relativos a los bienes y derechos de dominio público.

El artículo 6 LPAP, *básico*, indica que la **gestión y administración** de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes **principios**:

a. Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (artículo 132.1 CE y 30 LPAP, que se explican más adelante).

b. Adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados.

c. Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas (seguridad nacional, peligro para las personas, etc.).

d. Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo (si en una acera estrecha la instalación de mesas y sillas de un hostelero pudiera impedir el tránsito de los viandantes, o los pusiera en peligro, por obligarles a utilizar la carretera, debería primar el uso común de todos sobre la acera que el privativo del hostelero, y debería revocarse o limitarse la licencia).

e. Ejercicio diligente de las prerrogativas (deslinde, recuperación posesoria, desahucio...) que la presente ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad.

f. Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.

g. Cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público.

### **3. Adquisiciones de bienes y derechos por expropiación forzosa.**

La adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa supone una **excepción** a la regla general del artículo 16 LPAP, no básico, de que los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público.

Los apartados 1, 2 y 3, de *aplicación general*, del artículo 24 LPAP señalan que las adquisiciones que se produzcan en ejercicio de la potestad de expropiación **se registrarán** por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones u otras normas especiales.

En estos casos, la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá **implícita** en la expropiación.

La posterior desafectación del bien o derecho o la mutación de su destino **no** darán derecho a instar su **reversión** cuando se produzcan en la forma y con los requisitos previstos:

- En el apartado 2 del artículo 54 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa: Cuando simultáneamente a la

desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social, o cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

- Y en el apartado 2 del artículo 40 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones: Que el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público, que el uso dotacional que motivó la expropiación hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, o que el nuevo uso consistiera en la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

#### **4. Inalienabilidad, Imprescriptibilidad e inembargabilidad.**

El artículo **132.1 CE** señala que la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

En la misma línea, el apartado 1, de *aplicación general*, del artículo **30 LPAP** establece que “los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables (no se pueden vender, salvo que se desafecten), imprescriptibles (no pueden adquirirse por usucapión) e inembargables (no pueden ser objeto de traba y enajenación forzosa para el pago de deudas)”.

#### **5. Recuperación posesoria de bienes demaniales.**

De acuerdo con los apartados 1 y 2 del artículo 55 LPAP, de carácter *básico*, las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio.

Si los bienes y derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse **en cualquier tiempo**, y no sólo durante el primer año, como en el caso de los bienes patrimoniales.

#### **6. El desahucio administrativo.**

El artículo 58 LPAP, de carácter *básico*, señala que las Administraciones Públicas podrán **recuperar** en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el

título (como un contrato o una concesión), las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros.

Sería el caso en el que, extinguido el contrato de una empresa teleoperadora que le legitimaba a ocupar dependencias administrativas, la empresa no quisiera abandonar las instalaciones.

## **7. Coordinación y optimización de la utilización de los edificios administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos dependientes.**

El Título VI, no básico, de la LPAP, regula la coordinación y optimización de la utilización de los edificios administrativos, que son bienes demaniales.

Con respecto a la definición legal de los edificios administrativos, el artículo 155 LPAP, no básico, establece que tendrán la consideración de **edificios administrativos** los siguientes:

- a.** Los edificios destinados a oficinas y dependencias auxiliares de los órganos constitucionales del Estado y de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.
- b.** Los destinados a otros servicios públicos que se determinen reglamentariamente.
- c.** Los edificios del Patrimonio del Estado que fueren susceptibles de ser destinados a los fines expresados en los párrafos anteriores, independientemente del uso a que estuvieren siendo dedicados.

A los efectos previstos en este título, se asimilan a los edificios administrativos los **terrenos adquiridos** por la Administración General del Estado y sus organismos públicos **para la construcción de inmuebles** destinados a alguno de los fines señalados en los párrafos a y b anteriores.

Indica el artículo 156 LPAP, no básico, que la gestión de los edificios administrativos por la Administración General del Estado y sus organismos públicos se inspirará en el principio de **adecuación a las necesidades de los servicios públicos** y se realizará con sujeción a los siguientes criterios y principios:

- a. **Planificación** global e integrada de las necesidades de inmuebles de uso administrativo.
- b. **Eficiencia y racionalidad** en su utilización.
- c. **Rentabilidad** de las inversiones, considerando el impacto de las características de los inmuebles en su utilización por los ciudadanos y en la productividad de los servicios administrativos vinculados a los mismos.

- d. De **imagen unificada**, que evidencie la titularidad de los edificios, y que transmita los valores de austeridad, eficiencia y dignidad inherentes al servicio público.
- e. De **coordinación por el Ministerio de Hacienda** de los aspectos económicos de los criterios anteriores y de verificación por dicho departamento del cumplimiento de los mismos.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

Chinchilla Marín, C.: *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1ª edición, Madrid, 2004.

González García, J.: *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2009.

Mestre Delgado, J.F.: *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2ª edición, Valencia, 2010.

Palomar Olmeda, A., y Parejo Alfonso, L: *Derecho de los Bienes Públicos* (Tomos I, II y IV), Aranzadi, 1ª edición, 2009.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo III*, Marcial Pons, 12ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

# **30. EL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. TRÁFICO JURÍDICO DEL PATRIMONIO. FORMAS DE TRÁFICO ADMINISTRATIVO DE LOS BIENES DEMANIALES Y REQUISITOS ESPECIALES DEL TRÁFICO DE LOS BIENES PATRIMONIALES. UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DEL PATRIMONIO. PROTECCIÓN Y DEFENSA.**

**30. EL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. TRÁFICO JURÍDICO DEL PATRIMONIO. FORMAS DE TRÁFICO ADMINISTRATIVO DE LOS BIENES DEMANIALES Y REQUISITOS ESPECIALES DEL TRÁFICO DE LOS BIENES PATRIMONIALES. UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DEL PATRIMONIO. PROTECCIÓN Y DEFENSA.**

## **I. EL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

Como señala SANTAMARÍA PASTOR, *“al igual que los sujetos privados, los entes públicos (tanto los entes territoriales como sus personificaciones instrumentales) son titulares de diversos tipos de posiciones jurídicas de contenido económico, de derechos y obligaciones. Todas estas posiciones jurídicas, globalmente consideradas, integran su respectivo patrimonio. Cada Administración es titular, por tanto, de un patrimonio unitario que constituye el sustrato de su personalidad jurídica”*<sup>1</sup>.

La Constitución Española constituye el punto de partida en la regulación actual de los bienes públicos, tanto por lo dispuesto en su artículo 132 como por la articulación territorial del Estado sobre la base de Comunidades Autónomas competentes para regular su patrimonio propio, sin perjuicio, obviamente, de las normas que pueda dictar el Estado al amparo de las competencias que le atribuye el artículo 149.

El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia se regula en la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG nº 203; 24 octubre 2011) (en adelante, LPG). Este régimen jurídico debe completarse necesariamente con los preceptos básicos que resulten de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), y de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto. Igualmente deberá tenerse en cuenta el reglamento de la Ley gallega anterior (Ley 3/1985, de 12 de abril), aprobado por Decreto 50/1989, de 9 de marzo, en la medida en que no sea incompatible con la Ley 5/2011, y hasta tanto no sea sustituido por nueva normativa de desarrollo.

El concepto de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia se recoge en el artículo 2 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, que reitera lo dispuesto con carácter básico en el art. 2 LPAP y configura un concepto de unitario de patrimonio<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> “Principios de derecho Administrativo General. Volumen Segundo”. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Editorial Iustel, Primera Edición, 2004. Pág. 520.

<sup>2</sup> Como ya hemos señalado, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR: “Cada Administración es titular, por tanto, de un patrimonio unitario que constituye el sustrato de su personalidad jurídica”; en este mismo sentido, analizando específicamente el artículo 2 LPAP, Gracia María LUCHENA MOZO señala que “estamos ante un concepto de patrimonio único, global y omnicomprendivo con independencia de su clasificación; a saber: bienes de dominio público o demaniales y bienes patrimoniales que redundará, no obstante, en un régimen jurídico diverso”.



*“1. El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia está constituido por el conjunto de los bienes y derechos de titularidad de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de las entidades públicas instrumentales, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual le hayan sido atribuidos.*

*2. No se entenderán incluidos en el patrimonio de la Comunidad Autónoma, a los solos efectos de la presente ley, el dinero y demás recursos financieros de su Hacienda ni, en caso de las entidades públicas instrumentales, los recursos que constituyen su tesorería.”*

Este precepto debe completarse con el apartado 2 del artículo 1, que, al delimitar el ámbito de aplicación de la ley, precisa que *“forma parte del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia el patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma y el de las entidades públicas instrumentales que se integran en el sector público autonómico, salvo el de los consorcios autonómicos”*.

Se condiciona así el ámbito subjetivo de aplicación de la ley gallega, que, de acuerdo con el artículo 1.3, *“será de aplicación:*

- a) A la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia.*
- b) A las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico.*
- c) A las sociedades mercantiles públicas autonómicas y a las sociedades reguladas en el artículo 102.2 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico, en lo establecido en el título IV de la presente ley.*
- d) A las entidades locales de Galicia, en los términos previstos en la disposición adicional segunda”.*

Los bienes del patrimonio de la Comunidad Autónoma gallega se clasifican, siguiendo la clasificación tradicional, recogida en el artículo 4 de la Ley estatal, en *“demaniales o de dominio público y patrimoniales”* (art. 2.3 Ley 5/2011). Esta clasificación tiene indudable transcendencia práctica por cuanto determina un régimen jurídico diferente en función de la naturaleza demanial o patrimonial del bien o derecho contemplado. Ahora bien, ambos regímenes han ido convergiendo con el tiempo como consecuencia de la comunicabilidad de ambos grupos de bienes, como señala SANTAMARÍA PASTOR <sup>3</sup>, de tal suerte que los autores y la

---

<sup>3</sup> “Con muy escasas excepciones, un bien demanial puede pasar a ser patrimonial (...) y a la inversa; de modo que la diferencia entre unos y otros radica exclusivamente, en última instancia, en el concreto fin público al que respectivamente se destine, que puede variar con el tiempo”. “Principios de derecho Administrativo General. Volumen Segundo”. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Editorial Iustel, Primera Edición, 2004. Págs. 535-536.

jurisprudencia prefieren hablar, no de dos regímenes contrapuestos, sino de un régimen jurídico básico común –aplicable tanto a bienes y derechos demaniales como a los patrimoniales– y de un régimen de protección cualificado, que no alcanza a los bienes patrimoniales. En palabras de David BLANQUER, *“la Administración Pública está investida de potestades exorbitantes desconocidas en el derecho privado y de las que no disfrutaban los particulares, prerrogativas que la Administración puede ejercer en régimen de autotutela (...). Ahora bien, aunque todos los bienes públicos tengan un régimen exorbitante de privilegios, el estatuto de algunos bienes incluye algunas prerrogativas adicionales que refuerzan la protección, “plus” de garantía que se establece en favor de los bienes comunales y demaniales (pero que no alcanza a los bienes patrimoniales). Las garantías complementarias consisten en la inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad y las exenciones tributarias de que disfrutaban los bienes comunales y los de dominio público. Singular importancia tiene la imposición de servidumbres sobre los predios colindantes con algunos bienes de dominio público”*.<sup>4</sup>

De acuerdo con la Ley gallega, “son **bienes y derechos de dominio público** los que, integrando el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, se encontrasen afectados al uso general o a la prestación de servicios públicos de competencia de la Comunidad Autónoma, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales. También son bienes de dominio público los inmuebles de titularidad de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales en que se alojen los servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma” (art. 2.4).

Los **bienes y derechos patrimoniales**, por su parte, se delimitan con un criterio negativo. Así, “son bienes y derechos patrimoniales los que, siendo de titularidad de la Comunidad Autónoma de Galicia, no tuviesen el carácter de demaniales”, precisando, a continuación, el texto legal que “tienen la consideración de patrimoniales los siguientes bienes y derechos, salvo en los casos en que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior:

- a) Los derechos de arrendamiento y otros de carácter personal.
- b) Los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por estas, así como contratos de futuros y opciones con un activo subyacente constituido por acciones o participaciones en sociedades mercantiles.
- c) Los derechos de propiedad incorporal.

---

<sup>4</sup> David BLANQUER, “Derecho Administrativo. 2º Los sujetos, la actividad, los principios”. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2010. Página 1031.

- d) *Los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de bienes y derechos patrimoniales”.*

La Ley 5/2011 establece en el artículo 3 establece el régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de bienes. Así:

*“1. Los bienes y derechos demaniales se regirán por la presente ley y disposiciones que la desarrollen o complementen, así como por la legislación de aplicación general a todas las administraciones públicas y la legislación básica estatal. Supletoriamente se aplicarán las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, civil o mercantil.*

*2. El régimen de adquisición, administración, protección, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en la presente ley y disposiciones que la desarrollen o complementen, así como en la legislación de aplicación general a todas las administraciones públicas y la legislación básica estatal. Supletoriamente se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que tenga que seguirse, y las normas del derecho privado, civil o mercantil, en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico.”*

La determinación general del régimen jurídico aplicable al patrimonio de la Comunidad Autónoma se cierra en este precepto con una referencia a las propiedades administrativas especiales, respecto de las que remite a su legislación específica sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley:

*“3.3. Las aguas terrestres, montes, minas, explotaciones de hidrocarburos, carreteras, vías pecuarias, puertos y demás propiedades administrativas especiales, y el patrimonio cultural, se regirán por su legislación específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la presente ley”.*

Finalmente, debemos hacer mención al patrimonio empresarial de la Comunidad Autónoma, regulado en el Título IV de la Ley 5/2011, y que está *“constituido por las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, participaciones societarias, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos de la Administración general de la Comunidad Autónoma, de las entidades públicas instrumentales, de las sociedades mercantiles públicas autonómicas y de las sociedades reguladas en el artículo 102. 2 de la Ley 16/ 2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico”* (art. 88.1 LPG).

## **II. TRÁFICO JURÍDICO DEL PATRIMONIO**

Los principios básicos que rigen el tráfico jurídico del patrimonio de la Comunidad Autónoma se recogen en el artículo 5 de la Ley 5/2011, que traslada el régimen de disponibilidad de los bienes y derechos de la Administración previsto en la Ley estatal 33/2003<sup>5</sup> y que, básicamente, supone recordar la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes y derechos demaniales, así como limitar los supuestos en que las providencias de embargo y mandamientos de ejecución pueden afectar a un bien o derecho patrimonial:

*“1. Los **bienes y derechos de dominio público** de la Comunidad Autónoma de Galicia son inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pudiendo ser objeto de gravamen, carga, afección, transacción o arbitraje.*

*2. Por razón de su destino, **los bienes y derechos patrimoniales** de la Comunidad Autónoma de Galicia se excluirán de las providencias de embargo y mandamientos de ejecución que se dicten por los órganos jurisdiccionales y administrativos en los siguientes casos:*

- a) Cuando se encontrasen materialmente afectados a un uso, servicio o función pública.*
- b) Cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estuviesen legalmente afectados a fines determinados.*
- c) Cuando se tratase de valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles autonómicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”*

Para finalizar esta referencia introductoria al tráfico jurídico del patrimonio autonómico, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley, último precepto del título preliminar, a cuyo tenor:

*“La transacción judicial o extrajudicial sobre bienes y derechos patrimoniales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales, y el sometimiento a arbitraje de las controversias que surgiesen sobre los mismos, deben ser autorizados por el Consello de la Xunta, a propuesta de la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio o del órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental”.*

---

<sup>5</sup> El artículo 5 de la Ley 5/2011, gallega, traslada en particular lo previsto en los artículos 6 y 30 de la Ley 33/2003. El artículo 6 es básico, al dictarse al amparo de la competencia estatal del artículo 149.1.18ª, y recoge las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes demaniales consagradas en el artículo 132 CE. El artículo 30, por su parte, es de aplicación general y se dicta al amparo del artículo 149.1.8ª.

### III. FORMAS DE TRÁFICO ADMINISTRATIVO DE LOS BIENES DEMANIALES Y REQUISITOS ESPECIALES DEL TRÁFICO DE LOS BIENES PATRIMONIALES

#### A.- TRÁFICO ADMINISTRATIVO DE LOS BIENES DEMANIALES

Como ya se ha indicado, la construcción de la categoría de los bienes demaniales o de dominio público se realiza a partir de su finalidad o destino (“...afectados al uso general o a la prestación de servicios públicos...”, artículo 2.4 de la Ley 5/2011). Partiendo de esta configuración funcional por razón del destino o finalidad, SANTAMARÍA PASTOR distingue tres hipótesis en las alteraciones de destino que pueden experimentar los bienes demaniales: afectación al uso general o al servicio público, mutación demanial y desafectación<sup>6</sup>. La ley gallega dedica su título I al “tráfico jurídico de los bienes y derechos demaniales” (arts. 7 a 29), regulando estos tres supuestos, e introduciendo, además, la regulación de las adscripciones y desadscripciones (que veremos en el epígrafe relativo a la utilización de los bienes y derechos demaniales) así como la transmisión de bienes demaniales de la Comunidad Autónoma gallega a otras administraciones públicas.

##### A.1.- LA AFECTACIÓN (arts. 7 a 9)

La afectación es “el acto administrativo por el que un bien o derecho de carácter patrimonial adquiere la naturaleza jurídica de demanial al destinarse o vincularse al uso general o al servicio público”<sup>7</sup>.

De acuerdo con el artículo 7.1 de la ley 5/2011, “la afectación determina la vinculación de los bienes y derechos patrimoniales a un uso general o a un servicio público de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, y su consiguiente integración en el dominio público”.

Desde un punto de vista formal, la afectación puede clasificarse en:

- Afectación expresa, como supuesto general (art. 7.2).
- Afectación legal (art. 7.2, segundo inciso).

<sup>6</sup> “Las alteraciones que pueden experimentar los bienes en su concreto destino pueden clasificarse en tres hipótesis: su afectación al uso general o al servicio público, que confiere a los bienes la condición de demaniales, lo que permite hablar de **inicio de la demanialidad** (a); la modificación del concreto fin de uso general o de servicio público por otro de igual naturaleza, que da lugar a las llamadas **mutaciones demaniales** (b); y la retirada de los bienes del fin de uso general o de servicio público al que se hallan destinados, que hace pasar a éstos a la categoría de patrimoniales y que se califica como desafectación o, más descriptivamente, de **cesación de la demanialidad**”. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Principios de derecho Administrativo General II”. Primera edición. 2004. Editorial Iustel. Págs. 547-548.

<sup>7</sup> Enrique LINDE PANIAGUA, “Fundamentos de derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos”. Uned y Editorial Colex. Madrid 2009. Página 463.

- Afectación tácita, en los supuestos tasados del artículo 7.3:

*“Producen los mismos efectos que la afectación expresa los hechos y actos siguientes:*

*a) La utilización pública, notoria y continuada durante un año, por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, las entidades públicas instrumentales o los órganos estatutarios, de bienes y derechos de su titularidad para un uso general o para un servicio público de competencia de la Comunidad Autónoma.*

*b) La adquisición de bienes y derechos por prescripción adquisitiva, de conformidad con las reglas de derecho privado, cuando los actos posesorios vinculasen el bien o derecho al uso general o a un servicio público.*

*c) La adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa, supuesto en que los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social, siempre que se destinasen de manera efectiva al cumplimiento del mismo.*

*d) La adquisición de bienes y derechos a título oneroso sin ejercicio de la potestad expropiatoria para el cumplimiento de un fin de uso general o de servicio público de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia.*

*e) La adquisición de bienes y derechos a título gratuito bajo condición o modo de su afectación a un fin determinado de uso general o de servicio público de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia.*

*f) La aprobación por el Consello de la Xunta de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuando de los mismos resultase la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso general o de servicio público de competencia de la Comunidad Autónoma.*

*g) La adscripción de bienes y derechos patrimoniales a entidades públicas instrumentales, en los términos previstos en la sección 4ª del capítulo II del presente título”.*

No obstante, la ley parte del carácter irregular de esta situación de afectación tácita al imponer, en todos estos casos, la obligación de comunicar estos hechos o actuaciones a “la consejería competente en materia de patrimonio para su adecuada regularización”.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que “en ningún caso se entenderá producida la afectación de los bienes y derechos por la simple calificación urbanística de los usos de los mismos” (art. 7.5).



La afectación compete, en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma, a la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio. En el caso de entidades públicas instrumentales, la competencia corresponde, como regla general al órgano unipersonal de gobierno, salvo que los bienes o derechos se destinasen al cumplimiento de fines o funciones que no sean de su competencia, en cuyo caso corresponde la competencia para su afectación a la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio.

Como señala David BLANQUER, *“la afectación puede referirse a un destino único y exclusivo, pero en ocasiones el mismo bien de dominio público puede tener varios fines o destinos simultáneos compatibles entre sí”*<sup>8</sup>. Es lo que en la ley estatal 33/2003, se denomina “afectaciones concurrentes” (art. 67 – precepto no básico) y en la normativa gallega “afectaciones secundarias” (art. 9). Así, de acuerdo con el artículo 9, cabe la concurrencia de afectaciones respecto de un mismo bien o derecho, siempre que los diversos fines concurrentes fuesen compatibles entre sí. Esta concurrencia de afectaciones no altera la adscripción orgánica exigida por la afectación principal, sin perjuicio del ejercicio de competencias accesorias por las consellerías o entidades públicas instrumentales titulares de las afectaciones secundarias. A tal efecto, la orden que acuerde la afectación secundaria, que compete a la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio, determinará las facultades que corresponden a las diferentes consejerías o entidades públicas instrumentales respecto a la administración, gestión, conservación y colaboración en la protección y defensa de los bienes y derechos afectados. Las discrepancias que puedan surgir se resolverán por el Consello de la Xunta.

Cabe concluir este punto mencionando un supuesto de afectación legal, como es el previsto en la Sección 4ª, del Capítulo II del Título I, bajo la rúbrica *“adscripción y desadscripción de bienes y derechos patrimoniales a entidades públicas instrumentales”* (arts. 18 a 22). De acuerdo con el artículo 18:

*“1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia podrán ser adscritos a las entidades públicas instrumentales para su vinculación directa a un servicio de su competencia o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción conlleva la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público.*

---

<sup>8</sup> David BLANQUER “Derecho Administrativo. 2º Los sujetos, la actividad, los principios”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Págs.1056 y 1057.

*2. Igualmente, los bienes y derechos propios de una entidad pública instrumental pueden ser adscritos al cumplimiento de fines propios de otra”.*

Esta adscripción, que conlleva la afectación del bien o derecho y, en consecuencia, su integración en el dominio público, se acordará por la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio mediante orden, en la que deberán precisarse la forma y condiciones en que los bienes adscritos deben destinarse al cumplimiento de los fines que motivaron la adscripción. Cualquier alteración posterior de estas condiciones deberá autorizarse expresamente por la consejería competente en materia de patrimonio.

La desadscripción de los bienes conlleva su desafectación (art. 22), y se producirá:

- Por incumplimiento del fin previsto o de las condiciones previstas para su utilización (art. 20).
- Por innecesariedad de los bienes o derechos para satisfacer el fin que motivó la adscripción (art. 21)

## **A.2.- LA DESAFECTACIÓN (artículo 10)**

De acuerdo con el artículo 10.1 de la Ley 5/2011, *“los bienes y derechos demaniales pierden esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produjese su desafectación, por dejar de destinarse a un uso general o a un servicio público de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia”.*

La desafectación, como regla general, *“habrá de realizarse siempre de forma expresa”* (10.2).

La ley distingue según la naturaleza del bien demanial a efectos de determinar a quién corresponde acordar la desafectación y la subsiguiente administración de los bienes:

- Desafectación de bienes inmuebles y derechos reales:

1) Si son de la Administración general de la Comunidad Autónoma, *“serán desafectados de oficio por la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio mediante orden, a iniciativa propia, previo informe de la consejería a que estuvieran adscritos los bienes o derechos, o a petición de esta”* **(10.3)**. Su administración, gestión y conservación corresponderá entonces a la consejería competente en materia de patrimonio.

2) Si son de titularidad de las entidades públicas instrumentales, *“serán desafectados por el órgano unipersonal de gobierno”* (10.4). Cuando



no fuesen necesarios para el cumplimiento de sus propios fines, se incorporarán al patrimonio de la Administración general, en los términos previstos en el art. 26 de la Ley.

- Desafectación de los bienes muebles (10.5):

- 1) Si son de la Administración general de la Comunidad Autónoma, se realizará por la persona titular de la respectiva consellería, que continuará gestionándolos.
- 2) Si son de titularidad de las entidades públicas instrumentales, se acordará por el órgano unipersonal de gobierno, que continuará gestionándolos.

### **A.3.- MUTACIONES DEMANIALES**

De acuerdo con el artículo 23, *“la mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del patrimonio de la Comunidad Autónoma, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público”*.

La mutación demanial ha de efectuarse de forma expresa, por acuerdo del órgano competente, que será, como regla general, la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio, salvo en el caso de mutación demanial de bienes muebles sin cambio de adscripción, en cuyo caso corresponde a los propios departamentos o entidades interesadas en la misma (art. 24).

En cuanto a los efectos de la mutación demanial, como señala el artículo 23.2, *“implica la modificación de los fines específicos a que los bienes o derechos se vinculan y, en su caso, la alteración de la adscripción orgánica de los mismos, sin transferencia de titularidad ni cambio de su calificación jurídica”*.

### **A.4.-TRANSMISIÓN DE LA TITULARIDAD DE BIENES Y DERECHOS DEMANIALES A OTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (art. 30)**

La Ley 5/2011 contempla la posibilidad de transmitir la titularidad de bienes inmuebles y derechos demaniales de la Comunidad Autónoma gallega a otras administraciones públicas<sup>9</sup> en sus artículos 29 y 30. Los bienes o derechos deben transmitirse para los mismos fines determinantes de la afectación o para otros fines de uso general o de servicio público de competencia de la administración pública receptora de los bienes o

---

<sup>9</sup> Regula, así mismo, la posibilidad de su adscripción con y sin mutación demanial; que analizamos en el epígrafe relativo a la utilización de los bienes demaniales y no en este por no haber cambio en la titularidad de los bienes o derechos - arts. 17 y 25 Ley 5/2011.

derechos, de tal suerte que, en caso de que dejasen de estar destinados al fin de uso general o de servicio público determinante de la transmisión, procederá la reversión de los mismos al patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La transmisión se acordará, previa depuración física y jurídica, a petición de la administración interesada y previo informe de la consejería o entidad pública instrumental que tuviera adscritos los bienes o derechos, de no ser esta la competente para acordarlo. La competencia se determinará con arreglo a las normas de la ley para la enajenación de los bienes o derechos patrimoniales.

El cambio de titularidad se formalizará en documento administrativo a firmar entre un representante de la consejería competente en materia de patrimonio y uno de la administración beneficiaria.

## **B.- REQUISITOS ESPECIALES DEL TRÁFICO DE LOS BIENES PATRIMONIALES (Título III - “gestión patrimonial”)**

El Título III de la Ley 5/2011 regula el régimen jurídico de los bienes y derechos patrimoniales, contemplando tanto las peculiaridades de su tráfico jurídico como su explotación. El capítulo IV regula la “explotación de bienes y derechos patrimoniales”, por lo que dejaremos su análisis para el epígrafe siguiente del tema (condiciones de utilización), y nos centraremos en los siguientes aspectos regulados en este título III:

- Adquisiciones, ya sean a título oneroso, gratuito o por el ejercicio de potestades públicas.
- Arrendamiento de bienes inmuebles.
- Enajenación y gravamen.

Como punto de partida, el artículo 46 de la LPG determina que “

*la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el Código civil, así como en las demás normas del ordenamiento jurídico*”. Los contratos que a tal efecto se celebren tendrán la consideración de contratos privados (art. 46.3 LPG) y están sujetos al principio de libertad de pactos (art. 47 LPG), así como a las reglas de formalización del artículo 48 LPG.

De acuerdo con el artículo 46.2 LPG, *“las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso se efectuarán libres de toda carga, gravamen o afectación, si así lo exigiera el cumplimiento directo de los fines determinantes de su adquisición. Sin embargo, pueden subsistir aquellas limitaciones a título de autorización o concesión que tuviesen un ejercicio que resulte compatible con el fin de la adquisición”*.

## **B.1.- ADQUISICIONES:**

### **B.1.1- ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO**

- **Adquisición de bienes inmuebles y derechos sobre los mismos a título oneroso:**

En la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia *“la competencia para adquirir a título oneroso bienes inmuebles y derechos sobre los mismos corresponde a la consellería competente en materia de patrimonio”*, bien por iniciativa propia bien a petición de la consellería interesada (art. 50.1 LPG).

En el caso de las entidades públicas instrumentales, la adquisición se efectuará por los órganos superiores colegiados de gobierno, con los requisitos legalmente previstos (art. 50 LPG).

No obstante, *“cuando el importe de la adquisición del bien o derecho individualizado fuese superior a 3.000.000 de euros, requerirá autorización del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería competente en materia de patrimonio, o de la entidad pública instrumental que pretenda la adquisición”* (art. 50.3 LPG).

La adquisición de estos bienes se realizará mediante

procedimientos que garanticen el respeto de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, con las excepciones previstas en la Ley (art. 51 LPG). Fuera de los casos de adquisición directa el inmueble deberá estar inscrito en el Registro de propiedad, y aún en estos casos de adquisición directa se establecerá como condición resolutoria del negocio jurídico la imposibilidad de inscripción a nombre de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La ley 5/2011 contiene reglas específicas para la adquisición de edificios en construcción en su artículo 52.

- **Adquisición de bienes y derechos por reducción de capital o fondos propios** (art. 53 LPG):

De acuerdo con el artículo 53 LPG, “la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales pueden adquirir bienes y derechos por reducción de capital de sociedades o de fondos propios de entidades públicas instrumentales.

- **Adquisición de bienes muebles** (art. 54 LPG):

Se rige, por determinación del art. 54 LPG, por la legislación de contratos del sector público, esto es, por el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

- **Adquisición de derechos de propiedad incorporal** (art. 55 LPG):

Será acordada por la consellería o entidad pública instrumental competente por razón de la materia, previo informe favorable de la consellería competente en materia de patrimonio, a quien deberá comunicarse la adquisición.

Su régimen jurídico viene determinado en la medida en que no sea incompatible con su naturaleza por las reglas previstas para la adquisición de inmuebles y derechos sobre los mismos. No obstante, cuando la adquisición de estos derechos se produzca en el marco de un contrato administrativo o de un convenio se aplicará la normativa que rige este tipo de instrumentos jurídicos.

### **B.1.2.- ADQUISICIONES A TÍTULO GRATUITO (arts. 56 y 57)**

- Órgano competente para su aceptación (56.2):

En la Administración General de la Comunidad Autónoma:

- Las herencias testadas, legados y donaciones a favor de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, se aceptarán mediante orden por la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio, salvo lo dispuesto en la legislación especial.

- Las herencias intestadas deferidas a favor de la Comunidad Autónoma se entenderán aceptadas directamente por imposición de la ley.

- Las donaciones de bienes muebles afectas a un determinado fin se aceptarán por el titular de la consellería competente por razón de la materia.

En el caso de las entidades públicas instrumentales, son competentes para aceptar las disposiciones a título gratuito los órganos unipersonales de gobierno.

- Régimen de adquisición:

El artículo 56 establece las siguientes reglas básicas sobre la adquisición a título gratuito:

- La aceptación de herencias se entenderá realizada siempre a título de inventario.
  - Sólo pueden aceptarse las herencias testadas, legados o donaciones que supongan gastos o estén sometidos a condición o modo onerosos, cuando el valor del gravamen no excede del valor de lo adquirido.
  - Si los bienes o derechos se adquieren bajo condición o modo de afectación permanente, ésta se entenderá cumplida y consumada a los treinta años de servir a tales destinos.
- 
- Finalmente la Ley 5/2011 dedica su artículo

57 a las reversiones y retrocesiones.

### **B.1.3.- ADQUISICIONES POR EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS**

La Ley 5/2011 regula las adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria, que *“se regirán por su normativa específica”* (art. 58) y las adquisiciones derivadas de adjudicaciones acordadas en procedimientos de ejecución, que requieren de *“autorización expresa del centro directivo competente en materia de patrimonio”* (art. 59).

### **B.2.- ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES**

Lo mismo que para la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso, el arrendamiento de inmuebles el arrendamiento de inmuebles en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia corresponde a la consellería competente en materia de patrimonio, bien por iniciativa propia bien a petición de la consellería interesada (art. 60 LPG). En el supuesto de las entidades públicas instrumentales, sin embargo, el arrendamiento es competencia *“del órgano unipersonal de gobierno”* (art. 60.2 LPG).

En cualquier caso *“la concertación de un alquiler por importe superior a 40.000 euros mensuales, impuestos incluidos, requerirá autorización del Consello de la Xunta, a propuesta de la consejería competente en materia de patrimonio o de la entidad pública instrumental que pretendiese el alquiler”*.

Los arrendamientos de inmuebles se concertarán mediante procedimientos que garanticen el respeto de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, con las excepciones previstas en la Ley, que permiten la concertación directa (art. 61 LPG).

La Ley contiene reglas específicas sobre la utilización del bien arrendado (art. 62), así como los supuestos en que la consellería o entidad pública instrumental que ocupe el inmueble prevea dejarlo libre con anterioridad al cumplimiento del plazo pactado o de las prórrogas legales o contractuales (art. 63).

### **B.3.- ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN (arts. 69 a 87; Cap. V Título III LPG)**

Son enajenables los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia que no sean necesarios, sin perjuicio de que, excepcionalmente, cuando resultase conveniente para el interés público, la Ley permita la enajenación de bienes del patrimonio autonómico con reserva de uso temporal de los mismos (art. 69 LPG).

La venta de los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad requerirá una tasación pericial previa (art. 72) así como su depuración física y jurídica en los términos del artículo 73.

La ley admite la venta con precio aplazado siempre que lo sea por un período no superior a 10 años y con las debidas garantías (art. 70).

Por otra parte, asimila la imposición de cargas o gravámenes sobre los bienes o derechos patrimoniales a su venta a efectos de los requisitos exigibles (art. 71).

La ley regula a continuación las reglas específicas aplicables a la enajenación bien en función de los bienes enajenados bien por razón del negocio jurídico empleado para la enajenación:

- **Enajenación de bienes inmuebles o derechos reales** (arts. 74 a 78)

Lo mismo que para la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso, la enajenación de inmuebles en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia corresponde a la consellería competente en materia de patrimonio y, en el supuesto de las entidades públicas instrumentales, son competentes los órganos superiores colegiados de gobierno, como regla general. No obstante, cuando el valor del bien o

derecho, según tasación, excediese de 3.000.000 de euros, la enajenación debe autorizarse por el Consello de la Xunta, a propuesta de la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio, o de la entidad pública instrumental (art. 74).

La enajenación de los bienes inmuebles o derechos reales puede realizarse mediante subasta pública, por concurso o adjudicación directa, pudiendo efectuarse por bienes individualizados o mediante lotes (arts. 75, 76 y 77). Además la ley establece reglas específicas para la enajenación de bienes y derechos litigiosos en el artículo 78 de acuerdo con el que *“la asunción por el adquirente de las consecuencias y riesgos derivados del litigio figurará necesariamente en la escritura pública en que se formalice la enajenación”*.

- **Enajenación de otros bienes y derechos** (arts. 79 a 80)

- a) La enajenación de bienes muebles (art. 79):

- e)

La competencia para su enajenación corresponde al titular de la consellería que los tuviera adscritos o al órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental. La resolución de enajenación implica su desafectación.

- b) Enajenación de derechos de propiedad incorporal (art. 80): La competencia para su enajenación corresponde a la consellería o entidad pública instrumental competente por razón de la materia. Ahora bien, si el valor del derecho excede de 3.000.000 euros, debe autorizarse por el Consello de la Xunta.

Tanto en el caso de los muebles como en el de los derechos de propiedad incorporal, la enajenación tendrá lugar, ordinariamente, mediante subasta pública, aplicándose supletoriamente las normas que rigen las subastas de los bienes inmuebles. No obstante, podrá efectuarse de forma directa en los mismos casos en que esta posibilidad esté admitida para los bienes inmuebles.

- **Permuta de bienes y derechos** (art. 81)

El artículo 81 admite la permuta de

bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia cuando sea conveniente para el interés público y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar no fuese superior al 50% de los que lo tengan mayor. Si la diferencia fuese mayor, el



expediente se tramitará como adquisición o enajenación según el caso, con pago de parte del precio en especie. Las normas reguladoras de la enajenación serán de aplicación a la permuta de bienes y derechos. La diferencia de valor entre los bienes a permutar puede ser abonada en metálico o mediante la entrega de otros bienes o derechos de naturaleza distinta.

- **Cesión gratuita de bienes y derechos** (art. 82 a 87)

De acuerdo con el artículo 82 de la LPG, “los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia pueden ser cedidos gratuitamente para la realización de fines de utilidad pública o interés social a otras administraciones públicas, fundaciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, siempre que su afectación o explotación no se estimase previsible”. Sin embargo, “las entidades públicas instrumentales solo pueden ceder gratuitamente los bienes o derechos de su propiedad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se estimase procedente su incorporación al patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma”.

La cesión, como regla general, puede tener por objeto la propiedad del bien o derecho, su usufructo o solo su uso, e implica para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin causa de la cesión.

La Ley regula en los artículos 82 a 87 la cesión gratuita de bienes y derechos, distinguiendo los órganos competentes para la cesión, el procedimiento a seguir, la vinculación al fin de los bienes o derechos cedidos así como las causas de resolución de la cesión. Cabe destacar que en los supuestos en que la cesión tenga por objeto la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales, solo podrán ser cesionarios el Estado y las entidades locales.

## **IV. UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DEL PATRIMONIO**

### **A.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS DEMANIALES**

La ley 5/2011 dedica su Título II a la “*utilización de los bienes y derechos demaniales*” (arts. 31 a 45), partiendo de la necesidad de contar con un título habilitante para ocupar o utilizar dichos bienes y derechos (art. 31.1):

*“Nadie puede, sin título que lo autorice, otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia o utilizarlos en forma que exceda del derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos”.*



A continuación, distingue el régimen aplicable en función del fin a que estén destinados los bienes o derechos, según sea este el uso general o un servicio público, y regula el régimen de las autorizaciones y concesiones demaniales, como títulos que habilitan la utilización u ocupación del dominio público. Por otra parte, la ley incluye dentro del título I, dedicado al *“tráfico jurídico de los bienes y derechos demaniales”*, determinadas reglas que disciplinan la utilización del dominio público por la Administración: es el caso del capítulo II, dedicado a las *“adscripciones y desadscripciones”*, en sus secciones primera, segunda y tercera (arts. 11 a 17- S. 1ª, *“adscripciones y desadscripciones internas y obras”*; S. 2ª, *“reestructuraciones orgánicas”*; y S. 3ª, *“adscripción a favor de otras administraciones públicas”*).

Siguiendo la estructura de la Ley gallega vamos a vertebrar nuestra exposición sobre la base del Título II, partiendo del régimen de utilización de dominio público en función del uso general o servicio público a que estén destinados los bienes, haciendo referencia, en la medida en que proceda, a las reglas contenidas en el Título I sobre utilización de los bienes demaniales.

### **A.1.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES DESTINADOS AL USO GENERAL (Capítulo II del Título II, arts. 32 a 34)**

El régimen de utilización de estos bienes destinados al uso general viene condicionado por la naturaleza del uso que se les vaya a dar. Así, la Ley distingue en su artículo 32 entre:

- Uso común, que a su vez puede ser, general o especial.
- Uso privativo.

El USO COMÚN es *“el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso de unos no impide el de los demás interesados”* (art. 32.1.a). El uso común puede ser, como decíamos, general o especial:

- Es uso común GENERAL cuando no concurren *“circunstancias singulares”* (art. 32.2.a). De acuerdo con el artículo 33.1, este tipo de uso *“no está sujeto a autorización, pudiendo realizarse libremente, sin otras limitaciones que las derivadas de su naturaleza y las establecidas en los actos de afectación o adscripción y disposiciones que resulten de aplicación”*.
- Es uso común ESPECIAL cuando el uso implica *“un aprovechamiento especial del dominio público que, sin impedir el uso común, suponga la concurrencia de circunstancias tales como su peligrosidad o intensidad, la preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes que determinen un exceso*

*de utilización o un menoscabo sobre el uso que corresponde a todos” (art. 32.2.b). En este caso sí se requiere de título habilitante y, así, de acuerdo con el artículo 33.2, “el uso común especial está sujeto a autorización o a concesión, si su duración es superior a cuatro años o se efectúa con obras o instalaciones fijas”.*

Por su parte, es USO PRIVATIVO “el que determina la ocupación de una porción del dominio público de modo que se limite o excluya la utilización del mismo por otros interesados” (art. 32.1.b).

De acuerdo con el art. 33.3 “el uso privativo requiere el previo otorgamiento de un título adecuado a su naturaleza, de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Cuando la ocupación se efectuase únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles y su duración inicial no fuese superior a cuatro años, estará sujeto a autorización.*
- b) Cuando la ocupación se efectuase con obras o instalaciones fijas o por plazo inicial superior a cuatro años, estará sujeto a concesión”.*

La ley regula en este punto un supuesto de utilización exclusiva de bienes demaniales destinados a uso general por la propia Administración titular de los mismos. Así, bajo la rúbrica “reservas demaniales”, el artículo 34 dispone:

- “1. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia puede reservarse el uso exclusivo de bienes de su titularidad destinados al uso general para la realización de fines de su competencia, cuando existiesen razones de utilidad pública o interés general que lo justifiquen.*
- 2. La duración de la reserva se limitará al tiempo preciso para el cumplimiento de los fines para los que se acordase.*
- 3. La declaración de reserva se efectuará por acuerdo del Consello de la Xunta, que debe publicarse en el Diario Oficial de Galicia e inscribirse en el registro de la propiedad.*
- 4. La reserva prevalece frente a cualesquiera otros posibles usos de los bienes y conlleva la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, a efectos expropiatorios, de los derechos preexistentes que resultasen incompatibles con la misma”.*

De acuerdo con LINDE PANIAGUA “la reserva demanial podría definirse como la potestad jurídico administrativa que corresponde a las personas públicas titulares de un bien de dominio público, susceptible de utilización por los operadores jurídicos, de retener para sí, en tanto no exista derecho subjetivo a favor de tercero, el uso especial o privativo de todo o parte del mismo, todo ello con fines de estudio, investigación o explotación, durante

*un plazo adecuado para ello*”<sup>10</sup>. La reserva demanial se caracteriza por las siguientes notas:

- Es una facultad inherente a la titularidad demanial que no exige acto constitutivo previo, sino tan sólo una declaración con los requisitos legalmente previstos.
- Implica que un bien demanial apto para uso general quede excluido del uso por particulares.
- La reserva está supeditada a las razones de utilidad pública o interés general que la justifican, de manera que la desaparición de la causa que legitime la reserva determina la extinción de la misma.

## **A.2.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES DESTINADOS A UN SERVICIO PÚBLICO (Capítulo III del Título II, arts. 35 a 37)**

De acuerdo con el artículo 35, la utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se regirá por su normativa específica y, subsidiariamente, por lo dispuesto en la ley 5/2011.

No obstante, la ley contempla dos supuestos excepcionales:

- 1) La **ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos** (art. 36), para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en los mismos y al público visitante (como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos) o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos, siempre que no menoscabe afecte a la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en el mismo, y que esté amparada por el correspondiente título habilitante (autorización, si se efectuase con bienes muebles o instalaciones desmontables; concesión, si se produjese por medio de instalaciones fijas; o, en su caso, un contrato que permita la ocupación, formalizado de acuerdo con lo previsto en la legislación de contratos del sector público).
- 2) Las llamadas **autorizaciones especiales de uso en precario sobre bienes afectados o adscritos** (art. 37): que implican autorización para el uso temporal de los bienes del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia en los siguientes casos:
  - por plazo inferior a un mes,
  - para la organización de conferencias, seminarios, presentaciones u otros eventos análogos,
  - por un plazo máximo de un año, a personas físicas o jurídicas para la realización, sin ánimo de lucro, de actividades que

---

<sup>10</sup> Enrique LINDE PANIAGUA, “Fundamentos de derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos”. Uned y Editorial Colex. Madrid 2009. Página 465.

satisfagan fines públicos y no resultasen contradictorias con la afectación del bien.

Estas autorizaciones *“se entenderán otorgadas en precario, pudiendo revocarse libremente en cualquier momento, sin que el interesado tenga derecho a indemnización alguna”*. Sus condiciones y la contraprestación que, en su caso, deba satisfacerse se fijarán en el acto de autorización otorgado por la persona titular de la consellería o por el órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental que tuvieran afectados o adscritos los bienes.

### **A.3.- AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DEMANIALES (Capítulo IV del Título II, arts. 38 a 45)**

- Normas comunes para las autorizaciones y concesiones demaniales:

- La competencia para su otorgamiento corresponde, en defecto de norma legal, a la persona titular de la consejería a que se encuentren adscritos, o bien al órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental titular o a que se encuentren adscritos los bienes o derechos, en los términos del artículo 41 Ley 5/2011. Ahora bien, la ley contempla la posibilidad, en el marco de los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma, de que la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio establezca las condiciones generales que han de regir el otorgamiento de categorías determinadas de autorizaciones y concesiones. En defecto de estas, deberán ajustarse a las condiciones aprobadas por el titular de la consejería a que se encuentren adscritos orgánicamente los bienes o de que dependan las entidades públicas instrumentales que sean sus titulares o los tengan adscritos, previo informe favorable de la consejería competente en materia de patrimonio (art. 38 LPG).

- Las autorizaciones y concesiones demaniales se extinguen, de acuerdo con el artículo 42, *“por las siguientes causas:*

- a) Muerte o incapacidad sobrevenida del titular de la autorización o concesionario individual, o extinción de la personalidad jurídica.*
- b) Falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación, por fusión, absorción o escisión, de la personalidad jurídica del usuario o concesionario.*
- c) Caducidad por vencimiento del plazo.*
- d) Rescate de la concesión, previa indemnización o revocación unilateral de la autorización.*
- e) Renuncia del titular.*
- f) Falta de pago de la tasa o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular, declarado por el órgano que otorgó la autorización o concesión.*

- g) *Desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento.*
- h) *Desafectación del bien, en cuyo caso se procederá a la liquidación de la autorización o concesión con arreglo a lo previsto en la presente ley.*
- i) *Mutuo acuerdo.*
- j) *Cualesquiera otras causas previstas en las condiciones generales o particulares por las que se rijan”.*

- La ley regula, además, el destino de las obras construidas por el concesionario una vez se extinga la concesión (art. 43), la liquidación de las autorizaciones y concesiones en el caso de desafectación de los bienes sobre los que existan (art. 44), y reconoce un derecho de adquisición preferente para sus titulares en los supuestos de enajenación onerosa de los bienes o derechos correspondientes (art. 45).

- La diferencia conceptual entre las concesiones y autorizaciones demaniales resulta, como señala David BLANQUER, borrosa, viniendo determinada por la “intensidad del uso” del bien demanial y por la “importancia de las inversiones” a realizar (mayores en las concesiones y menores en las autorizaciones). En palabras del citado autor, *“la dificultad estriba en medir objetivamente la intensidad del uso o la importancia de la inversión, y partiendo de esos parámetros cuantitativos, construir una diferencia cualitativa entre el concepto de concesión y la noción de autorización. En esas circunstancias parece razonable aceptar que no hay una frontera teórica o conceptual clara y rigurosa, y que la distinción entre autorizaciones y concesiones la establece el Derecho positivo utilizando criterios convencionales y pragmáticos”*<sup>11</sup>

- **Autorizaciones demaniales** (art. 39)

Se otorgarán, como regla general, directamente a aquellos solicitantes que reúnan las condiciones requeridas. No obstante, en los casos en que su número sea limitado *“se otorgarán en régimen de concurrencia, y, si ello no fuera procedente por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no estuviera establecida en las condiciones por las que se rigen”* (art. 39.1).

Se caracterizan por las siguientes notas:

- Duración limitada: Se otorgarán por tiempo determinado, con un plazo máximo de duración de 4 años, incluidas las prórrogas.
- Pueden ser gratuitas, concederse con contraprestación o con condiciones, o incluso, estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público prevista en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre.

---

<sup>11</sup> “Derecho Administrativo. “2º - Los sujetos, la actividad y los principios”. David BLANQUER. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Página 1072.

- Son transmisibles salvo que se hubiesen otorgado en atención a circunstancias personales del autorizado o en número limitado, sin perjuicio de que las condiciones generales a que estén sujetas puedan disponer otra cosa.
- Como regla general, se podrán revocar unilateralmente, y en cualquier momento, por el órgano que las otorgó cuando concurren *“razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resultasen incompatibles con condiciones generales aprobadas con posterioridad, produjesen daños en el dominio público, impidiesen la utilización del bien para actividades de mayor interés público o menoscabasen el uso general”* (39.4).

- **Concesiones demaniales** (art. 40)

Se otorgarán en régimen de concurrencia, como regla general, si bien podrá acordarse su otorgamiento directo en los casos del artículo 77 o bien cuando concurren circunstancias excepcionales, debidamente justificadas.

Una vez otorgadas, se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para la inscripción registral de la concesión.

Se caracterizan por las siguientes notas:

- Duración limitada: se otorgan por tiempo determinado, que no podrá exceder, prórrogas incluidas, del plazo máximo de duración de setenta y cinco años, o el plazo menor establecido en las normas especiales que resulten de aplicación.
- Pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o con condiciones, o incluso, estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público prevista en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre.
- No pueden ser titulares de las concesiones demaniales las personas en que concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en la legislación de contratos del sector público.

#### **A.4- ADSCRIPCIONES Y DESADSCRIPCIONES**

Es conveniente hacer referencia en este punto al capítulo II del Título I de la Ley, que bajo la rúbrica *“adscripciones y desadscripciones”* establece una serie de normas internas en relación con el uso de los bienes y derechos de dominio público por la Administración general autonómica y las entidades instrumentales.

Así, de acuerdo con el artículo 11, *“la adscripción regulada en esta sección es el acto por el que se atribuye a una consejería o entidad pública instrumental el uso, administración, gestión, conservación y colaboración*



*en la protección y defensa de bienes y derechos demaniales, sin cambio en la titularidad o calificación jurídica de los bienes y derechos".* La adscripción, que puede ser compartida (art. 12), así como en su caso, la desadscripción se acordará por la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio (art. 13).

Mención especial merece la posibilidad de adscribir bienes y derechos demaniales de la Administración general de la Comunidad Autónoma a otras administraciones públicas, siempre que sea para los mismos fines determinantes de la afectación en los términos del art. 17 de la Ley 5/2011. Esta adscripción a otras administraciones públicas no supone cambio de la titularidad ni calificación jurídica de los bienes o derechos afectados.

Igualmente es preciso hacer referencia al supuesto regulado en el artículo 25, que permite, igual que el artículo 17, adscribir bienes y derechos demaniales del patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma a otras administraciones públicas, si bien, en este caso, para otros usos o servicios públicos de competencia de la otra administración pública, lo que conlleva la correspondiente mutación demanial pero no afecta a la titularidad ni en la calificación jurídica de los bienes o derechos.

En ambos supuestos, tanto la simple adscripción (supuesto del art. 17) como la mutación demanial y correspondiente adscripción (supuesto del art. 25) se acordarán de oficio por la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio mediante orden, a petición del órgano competente de la administración interesada, y previo informe de la consejería o entidad pública instrumental que tuviera adscrito el bien o derecho. La entrega de la posesión de los bienes y derechos de que se trate se hará constar en la correspondiente acta, y los gastos y tributos que los mismos generen serán de cuenta de la administración beneficiaria de la adscripción.

## **B.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES PATRIMONIALES**

La ley 5/2011 regula en el capítulo IV del Título III la *“explotación de los bienes y derechos patrimoniales”* (arts. 64 a 68).

La decisión sobre la explotación de los bienes y derechos patrimoniales compete, en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma, al titular de la consellería competente en materia de patrimonio; en el ámbito de las entidades públicas instrumentales, tal determinación corresponde al órgano unipersonal de gobierno (art. 64).

La explotación puede ser directa o indirecta (art. 65). La explotación directa de los bienes y derechos patrimoniales de la Administración general

de la Comunidad Autónoma de Galicia puede encomendarse a una entidad pública instrumental o a una sociedad mercantil de capital íntegramente perteneciente a la Administración general de la Comunidad Autónoma o a sus entidades públicas instrumentales en los términos previstos en el artículo 66.

La explotación indirecta puede tener lugar a través de cualquier negocio jurídico, ya sea típico o atípico (art. 65). La Ley se refiere expresamente a los contratos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales, que como regla general se otorgarán mediante procedimientos que garanticen los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, si bien se admite excepcionalmente la adjudicación directa (art. 67). La duración de estos contratos está limitada a un plazo máximo de 20 años, incluidas prórrogas, regulando la ley las condiciones en que se admite la subrogación de un tercero en los derechos y obligaciones del adjudicatario y admitiendo expresamente los contratos de arrendamiento con opción a compra sobre inmuebles patrimoniales de la Comunidad autónoma (art. 67).

La ley se refiere expresamente al régimen de explotación de las propiedades incorpóreas en su artículo 68, que se gestionarán en el ámbito de la Administración general por la consellería competente por razón de la materia (salvo encomienda a otra consellería o a una entidad pública instrumental o sociedad mercantil de capital íntegramente perteneciente a la Administración general de la Comunidad Autónoma), y en el ámbito de las entidades públicas instrumentales, por el órgano unipersonal de gobierno. De acuerdo con el art. 68.3, *“la utilización de propiedades incorpóreas que, por aplicación de la legislación especial, entraran en el dominio público no devengará derecho alguno a favor de la Administración general de la Comunidad Autónoma”*.

Procede concluir este epígrafe, relativo a la utilización y aprovechamiento del patrimonio, con una mención especial a las normas contenidas en el Título V de la Ley 5/2011. Estas normas tienen por objeto la *“gestión y optimización en la utilización de los edificios administrativos”* (96 a 98), y a tal efecto consagran los principios que deben regir la gestión de estos edificios y que no son sino los *“principios de eficacia, eficiencia, racionalización y sostenibilidad, procurando la optimización de las inversiones y evaluando, en cada actuación, la incidencia o impacto que su implantación podría generar en el desarrollo urbano y la calidad de los servicios a prestar”*.

## **V. PROTECCIÓN E DEFENSA**



Como señala David BLANQUER, *“los bienes de los particulares (ciudadanos, empresas, asociaciones, fundaciones) se protegen con técnicas de Derecho Privado. En caso de conflicto o controversia, el ejercicio de estas fórmulas de defensa y protección requieren la intervención de los tribunales (“heterotutela judicial”). Lo peculiar de los bienes de titularidad administrativa es que además de esas mismas técnicas de protección regidas por el Derecho Privado, las Administraciones Públicas disfrutan de otros medios complementarios de defensa y protección, que se pueden ejercer en régimen de “autotutela administrativa”, es decir, sin necesidad de previa intervención judicial”*<sup>12</sup>.

La Ley 5/2011, de 30 de septiembre, dedica su Título VII a la *“Protección y defensa del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia”*, complementándose con el Título VIII, que establece el régimen sancionador en la materia.

Nos centraremos en el Título VII de la ley, dada su especificidad en materia de protección y defensa del patrimonio autonómico. Este título se estructura en tres capítulos:

- El primero de ellos, tiene un carácter general, y regula la obligación de proteger y defender el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia -predicable tanto de la Administración general de la Comunidad Autónoma y las entidades públicas instrumentales, como de las personas que tuvieran a su cargo bienes o derechos del patrimonio autonómico-, así como el deber de colaboración en la protección y defensa del patrimonio autonómico (Capítulo I - *“Obligación de proteger y defender el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia”* - arts. 104 a 105).
- Los otros dos se dedican, específicamente, a la protección de los bienes y derechos públicos (Capítulo II - *“Medios de protección de los bienes y derechos públicos”* - arts. 106 a 112), y a su defensa (Capítulo III - *“Defensa de los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia”* - arts. 113 a 125).

## **A.- PROTECCIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS PÚBLICOS (Cap. II, Título VII Ley 5/2011):**

La ley distingue los siguientes medios de protección del patrimonio autonómico:

- Inventario general de bienes y derechos.
- Régimen registral del patrimonio.
- Su régimen de aseguramiento.

---

<sup>12</sup> “Derecho Administrativo. 1º El fin, los medios y el control”. David BLANQUER. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Página 1031.

## **A1.- INVENTARIO GENERAL DE BIENES Y DERECHOS** (arts. 106 a 108).

De acuerdo con el artículo 106 Ley 5/2011, *“el Inventario general de bienes y derechos de la Comunidad Autónoma de Galicia es el instrumento de apoyo a la gestión patrimonial en el que se deja constancia de todos los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Comunidad Autónoma”*, mediante la incorporación de los datos precisos para hacer constar:

- Su identificación,
- Su situación jurídica,
- las limitaciones que pueda tener su disposición
- Su destino o uso.

Quedan excluidos del Inventario general (106.2):

- Los bienes y derechos que fueran adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares o para cumplir con los requisitos sobre provisiones técnicas obligatorias,
- Los bienes de naturaleza consumible de vida útil inferior a un año.
- Aquellos bienes muebles que tuviesen un valor unitario inferior al límite que se fije por la consejería competente en materia de patrimonio.

El Inventario general de bienes y derechos no tiene la consideración de registro público y los datos reflejados en el mismo no producen efectos frente a terceros ni pueden ser utilizados para hacer valer derechos frente a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o a las entidades públicas instrumentales, sino que únicamente constituyen información de apoyo para la gestión interna y la definición de políticas de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales.

Está sujeto a las siguientes reglas de funcionamiento:

- a) La labor de inventario comprende la valoración de los bienes y derechos inventariados, determinada con arreglo a lo establecido por el artículo 49 de la presente ley.
- b) Las operaciones patrimoniales relativas a los bienes y derechos que deben formar parte del Inventario general de bienes y derechos de la Comunidad Autónoma tendrán constancia en la contabilidad pública de forma individual o agregada, según dispusiera la normativa contable.
- c) Las acciones y los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles propiedad de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales quedarán reflejados en la correspondiente contabilidad patrimonial, de acuerdo con los principios y normas

que les sean de aplicación, incluyéndose en un inventario de carácter auxiliar que habrá de estar coordinado con el sistema de contabilidad patrimonial.

Por lo demás, la formación y actualización del Inventario general de bienes y derechos de la Comunidad Autónoma de Galicia corresponde la consejería competente en materia de patrimonio, actuando las consejerías y las entidades públicas instrumentales como órganos auxiliares, y sujetando su funcionamiento a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 5/2011, que se complementa con lo dispuesto en el artículo 108 en cuanto a la custodia de títulos.

## **A2.- RÉGIMEN REGISTRAL (arts. 109 a 111)**

El artículo 109 impone, con carácter general, la obligación de inscribir todos los bienes y derechos del patrimonio susceptibles de inscripción, sin distinción en función de su naturaleza demanial o patrimonial, estableciendo, no obstante, el carácter potestivo de la inscripción *“en caso de arrendamientos inscribibles con arreglo a la legislación hipotecaria”*. La inscripción en el registro de la propiedad se ajustará a lo establecido en la legislación hipotecaria y en la normativa de aplicación general al patrimonio de las administraciones públicas.

## **A3.- RÉGIMEN DE ASEGURAMIENTO (art. 112)**

De acuerdo con el artículo 112:

*“1. Los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia estarán cubiertos por póliza de aseguramiento cuando viniese establecido legalmente, así como cuando se estimase conveniente por su valor histórico- artístico, económico o de otra índole.*

*2. Los concesionarios, cesionarios, usufructuarios y titulares en general de derechos de uso o aprovechamiento sobre los bienes o derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia podrán ser obligados a asegurar estos bienes y derechos de acuerdo con lo que se establezca en el correspondiente título habilitante”.*

## **B.- DEFENSA DE LOS BIENES Y DERECHOS DEL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA (Cap. III, título VII Ley 5/2011 - arts. 113 a 125)**

De acuerdo con el artículo 113, apartado 1 Ley 5/2011, *“ la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales presentarán las acciones judiciales y desarrollarán las*

*actuaciones administrativas que fuesen pertinentes para la defensa de su patrimonio, disponiendo de las siguientes facultades y prerrogativas:*

- a) Inspeccionar los bienes y derechos de sus patrimonios e investigar la situación de aquellos que presumiblemente les pertenecieran.*
- b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.*
- c) Recuperar de oficio la posesión sobre sus bienes y derechos.*
- d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que ampara su tenencia”.*

A continuación se recogen una serie de reglas básicas en materia de defensa del patrimonio de la Comunidad Autónoma, que ponen en evidencia las singulares potestades de la Administración para la defensa de su patrimonio.

- Así, en primer lugar, debe hacerse referencia a la prohibición de interdictos contra la administración, recogida en el apartado 2 del artículo 113: *“De acuerdo con lo establecido en la normativa estatal, contra los actos administrativos dictados en ejercicio de estas facultades y potestades no se admitirán acciones interdictales o para la tutela sumaria de la posesión de las contempladas en la Ley de enjuiciamiento civil, pudiendo solo ser recurridos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, después de haberse agotado la vía administrativa”.*
- Por otra parte, de acuerdo con el apartado 3, *“los que por el ejercicio de estas potestades se considerasen perjudicados en su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil podrán interponer las acciones pertinentes ante la jurisdicción civil, después de haber presentado la reclamación previa en vía administrativa contemplada en la normativa básica estatal en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”.*
- El último apartado exige informe del órgano competente para su defensa (órgano determinado en el artículo 114) cuando en la tramitación de cualquier procedimiento administrativo resultasen implicados bienes o derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia. El incumplimiento de este trámite conlleva importantes consecuencias, determinando la nulidad de pleno derecho del acto que se dicte si se trata de bienes o derechos de dominio público, o bien su anulabilidad, cuando los bienes o derechos sean de carácter patrimonial.
- Finalmente debe destacarse que *“las entidades públicas empresariales que por ley tengan que adecuar su actividad al ordenamiento jurídico privado solo pueden ejercer las potestades enumeradas en el artículo anterior para la defensa de sus bienes y derechos demaniales”* (art. 114.3).

### **B.1.- INSPECCIÓN E INVESTIGACIÓN DE BIENES Y DERECHOS (arts. 115 a 119)**

Como establece el artículo 115, *“la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales tienen la facultad de inspeccionar su patrimonio y de investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formasen parte del mismo, en orden a determinar su titularidad, de no constarles de modo cierto”*. A tal efecto deberán seguir los procedimientos de inspección y de investigación regulados en los artículos 116 y 117 respectivamente.

### **B.2.- DESLINDE (art. 119 a 121)**

De acuerdo con el artículo 119.1 ley 5/2011, *“la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales pueden deslindar los bienes inmuebles de sus patrimonios de otros pertenecientes a terceros, cuando los límites entre ellos fuesen imprecisos”*. A tal efecto seguirán el procedimiento previsto en el artículo 120 y procederán a la inscripción del deslinde o a la inmatriculación del bien en el registro de propiedad en los términos del artículo 121.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y en tanto dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las AAPP.

### **B.3.- RECUPERACIÓN POSESORIA (artículos 122 a 123)**

El privilegio de recuperación posesoria, conocido como *“interdictum proprium”*, sirve para que la Administración recupere sus bienes en régimen de autotutela y sin necesidad de intervención judicial. De acuerdo con el artículo 122, apartado 1:

*“La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y sus entidades públicas instrumentales pueden recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de sus patrimonios. También podrán ejercer esta potestad sobre bienes y derechos que se incorporasen a sus patrimonios por sucesión en la posición jurídica del transmitente, cuando la posesión fuera perdida por su anterior titular”*.

Esta potestad puede ejercitarse tanto respecto de los bienes y derechos demaniales como respecto de los patrimoniales con la única diferencia de los plazos señalados para el ejercicio de tal privilegio. Así, cuando se trate de bienes y derechos demaniales esta potestad de recuperación posesoria

puede ejercitarse “en cualquier momento” (art. 122.2); pero si se trata de bienes y derechos patrimoniales, el plazo para su ejercicio es de un año. Al respecto dispone el art. 122.3:

*“Si se tratase de bienes y derechos patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento hubiera sido notificada antes de que transcurriese el plazo de un año, a contar desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado ese plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercerse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil”.*

El procedimiento de recuperación posesoria se regula en el artículo 123. Se iniciará de oficio, siendo el plazo máximo para resolver de seis meses. La resolución por la que se acuerde la recuperación posesoria es inmediatamente ejecutiva.

#### **B.4.- DESAHUCIO ADMINISTRATIVO (arts. 124 a 125).**

La potestad de desahucio se regula en el artículo 124 a cuyo tenor, *“la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y sus entidades públicas instrumentales podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decayesen o desapareciesen el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros. También podrán ejercer esta potestad sobre bienes y derechos que se incorporen a sus patrimonios por sucesión en la posición jurídica del transmitente, cuando la posesión se perdiera por su anterior titular”.*

Para el ejercicio de la potestad de desahucio se requiere, en todo caso, la previa declaración de la extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público.

El procedimiento de desahucio se regula en el artículo 125. Se inicia de oficio, debiéndose resolver en el plazo máximo de seis meses. La resolución por la que se acuerde la recuperación posesoria es inmediatamente ejecutiva.

Letrado de la Xunta de Galicia

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG nº 203; Lunes, 24 de octubre de 2011; base de datos: westlawinsignis).
- *“El Régimen Jurídico General del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre”*. Director: Juan Francisco MESTRE DELGADO. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley). Grupo Wolters Kluwer. 2ª Edición, 2010.
- *“Principios de derecho Administrativo General. Volumen Segundo”*. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Editorial Iustel, Primera Edición, 2004.
- *“EL Patrimonio de las Administraciones Públicas: reflexiones sobre su régimen tributario”*, Gracia María LUCHENA MOZO. Universidad de Castilla-La Mancha CIEF (Colaboración cerrada a finales del mes de junio de 2010). Civitas Revista española de Derecho Financiero num. 149/2011 parte Estudios
- *“Derecho Administrativo. 1º - El fin, los medios y el control” y “2º - Los sujetos, la actividad y los principios”*. David BLANQUER. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.
- *“Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos”*. Enrique Linde Paniagua. Uned y Editorial Colex. Madrid 2009.



# **31. EMPLEO PÚBLICO. RÉGIMEN LEGAL Y COMPETENCIAS DE LA XUNTA DE GALICIA. CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA XUNTA DE GALICIA. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.**



## **TEMA 31**

### **EMPLEO PÚBLICO. RÉGIMEN LEGAL Y COMPETENCIAS DE LA XUNTA DE GALICIA. CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA XUNTA DE GALICIA. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO. RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

#### **1. EMPLEO PÚBLICO**

La **Constitución Española** reserva, en su artículo 149.1.18), como competencia exclusiva del Estado *“las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas”*. Asimismo, en el artículo 103.3 señala que *“la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”*. De conformidad con dicha previsión constitucional, se aprobó la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público** (en adelante, Estatuto Básico).

El Estatuto Básico, según indica su Exposición de Motivos, establece los principios generales aplicables al conjunto de las **relaciones de empleo público**. Contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio.

Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas. En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.

Continúa señalando que la organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral.

Esta dualidad de regímenes suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto. Por eso, sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos, conviene regular en el mismo texto legal que articula la legislación básica del Estado sobre la función pública aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público. El Estatuto Básico contiene, pues, también las normas que configuran esta relación laboral de empleo público, en virtud de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.7) de la Constitución Española.

**Hasta la entrada en vigor del Estatuto Básico**, la situación a nivel normativo era la siguiente:

- o La **Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública**, que establece en su artículo 1.3 que se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos una serie de preceptos. No hay que olvidar la reserva que la Constitución Española realiza en su artículo 149.1.18), ya citado, al Estado, y, por lo tanto, al amparo de este artículo realiza esta regulación que, por su carácter de bases, es aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas. Asimismo, el artículo 1.5 de esta norma señala que tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación. Por lo tanto, al margen de los preceptos básicos referidos en el artículo 1.3, esta ley es de aplicación supletoria en el resto de su articulado.
- o El **Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado**. Aunque con la entrada en vigor de la Ley 30/1984, muchos preceptos del Decreto 315/1964 quedaron derogados, en lo que se mantenía vigente seguía teniendo carácter supletorio, como señala su artículo 2.3.
- o La **Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas**, aplicable al personal al servicio de las Administraciones de las comunidades autónomas y de los organismos de ella dependientes, así como de sus asambleas legislativas y órganos institucionales (artículo 2.b).
- o Finalmente, la **Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas**, dispone, en su artículo 1, que regula



los órganos de representación y la participación, así como los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo, del personal que preste sus servicios en las distintas Administraciones Públicas, siempre que esté vinculado a las mismas a través de una relación de carácter administrativo o estatutario.

En resumen, el marco normativo estaba formado por una serie de normas estatales aplicables al personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, bien por el carácter de bases de su articulado, por la aplicación directa que prevén sus artículos, o por su aplicación supletoria.

En el Boletín Oficial del Estado núm. 89, de 13 de abril de 2007, se publicó la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público**, que deroga algunas de las normas citadas y vigentes hasta ese momento. Así, su disposición derogatoria única establece que quedan derogadas con el alcance establecido en la disposición final cuarta las siguientes disposiciones:

- o **Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública:** parte de su articulado. En concreto, quedan derogados los artículos que el artículo 1.3 de la Ley 30/1984 considera bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos dictados al amparo del artículo 149.1.18) de la Constitución Española.
- o **Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado:** parte de su articulado.
- o **Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas:** se deroga en su totalidad, excepto el artículo 7, y con la excepción prevista en la disposición transitoria quinta del Estatuto Básico, que se refiere al procedimiento electoral.

En su Exposición de Motivos, el Estatuto Básico hace una referencia a los artículos 103.3 y 149.1.18) de la Constitución, y señala que pese a estas previsiones constitucionales no se ha aprobado hasta la fecha una ley general del Estado que, en cumplimiento de las mismas, regule de manera completa las bases de dicho régimen estatutario. Esta carencia se explica sobre todo por la dificultad que entraña abordar una reforma legislativa del sistema de empleo público de alcance general, habida cuenta de la diversidad de Administraciones y de sectores, de grupos y categorías de funcionarios a los que está llamada a aplicarse, ya sea de manera directa o, al menos, supletoria.

Después de la Constitución vieron la luz reformas del régimen legal de los empleados públicos. La dispersión de la legislación básica en varios textos aconsejaba desde hace tiempo su refundición en el marco de un modelo coordinado para las políticas de personal, habida cuenta además de la profunda transformación que han sufrido las Administraciones Públicas desde la legislación de los años ochenta.

El Estatuto Básico del Empleado Público cuenta con 11 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 4 disposiciones finales, y tiene la siguiente **estructura**:

- o Título I: Objeto y ámbito de aplicación (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 1 a 7.
- o Título II: Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 8 a 13.
  - o Subtítulo I: Personal directivo.
- o Título III: Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos: artículos 14 a 54.
  - o Capítulo I: Derechos de los empleados públicos (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
  - o Capítulo II: Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto).
  - o Capítulo III: Derechos retributivos (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, excepto el artículo 25.2, aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
  - o Capítulo IV: Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
  - o Capítulo V: Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones (aplicable desde la entrada en vigor el Estatuto).
  - o Capítulo VI: Deberes de los empleados públicos. Código de conducta (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- o Título IV: Adquisición y pérdida de la relación de servicio: artículos 55 a 68.
  - o Capítulo I: Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
  - o Capítulo II: Pérdida de la relación de servicio (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- o Título V: Ordenación de la actividad profesional: artículos 69 a 84.
  - o Capítulo I: Planificación de recursos humanos (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).

- o Capítulo II: Estructuración del empleo público (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- o Capítulo III: Provisión de puestos de trabajo y movilidad (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto ).
- o Título VI: Situaciones administrativas (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 85 a 92.
- o Título VII: Régimen disciplinario (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 93 a 98.
- o Título VIII: Cooperación entre las Administraciones Públicas (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 99 y 100.

Su **objeto**, de acuerdo con el artículo 1, es establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, y asimismo determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Y su **ámbito de aplicación** viene regulado en el artículo 2, sin olvidar que tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en el mismo.

Las disposiciones de este Estatuto Básico, según su disposición final primera, se dictan al amparo de los siguientes artículos de la Constitución: 149.1.18), constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; 149.1.7), por lo que se refiere a la legislación laboral; y 149.1.13), bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Y en su disposición final segunda añade que las previsiones de esta ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución.

La **entrada en vigor** del Estatuto Básico, según su disposición final cuarta, se fijó en el plazo de un mes a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, la entrada en vigor de parte de su articulado se difirió hasta la aprobación de las leyes de función pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo del mismo. Hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el mismo.

Como señala el Estatuto Básico en su Exposición de Motivos, el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema

homogéneo que tenga cómo modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, **cada Administración debe poder configurar su propia política de personal**, sin merma de los **necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes**. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

## **2. RÉGIMEN LEGAL Y COMPETENCIAS DE LA XUNTA DE GALICIA**

El marco jurídico en el que se sitúa la regulación del régimen jurídico de la función pública de la Comunidad Autónoma de Galicia parte necesariamente de la reserva que la **Constitución Española** realiza en favor del Estado en el artículo 149.1.18), señalado anteriormente, así como del artículo 103.3 del texto constitucional.

En consonancia con esta reserva constitucional, el artículo 28.1 de la **Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía de Galicia**, establece que *“es competencia de la Comunidad Autónoma gallega el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en los términos que la misma establezca, de las siguientes materias: régimen jurídico de la Administración pública de Galicia y régimen estatutario de sus funcionarios”*.

La organización y estructuración de la función pública de Galicia es consecuencia de la **potestad de autoorganización** propia de la Comunidad Autónoma de Galicia, siempre dentro del marco reservado a la competencia estatal de conformidad con la Constitución Española.

La **regulación autonómica** en la materia, por lo tanto, se ajusta a la competencia que le corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia según su Estatuto de Autonomía, condicionada por la reserva estatal contenida en la Constitución Española:

- Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (en adelante, Ley de la Función Pública de Galicia).
- Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.
- Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres.
- Decreto 92/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.





- Decreto 93/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna.
- Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificado por el Decreto 157/2004, de 7 de julio.
- Decreto 95/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de selección de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

Hasta la aprobación de la actual Ley de la Función Pública de Galicia, la ley que regulaba esta materia era la **Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia**. Esta ley recogía en su exposición de motivos, que, de acuerdo con el nuevo concepto de la organización territorial del Estado contenida en el Título VIII de la Constitución Española, se hacía sentir la necesidad imperiosa de organizar y estructurar la Función Pública de Galicia. Añadía que esta estructura había que llevarla a cabo dentro del marco señalado por la Ley 30/1984, de acuerdo con el artículo 149.1.18) de la Constitución Española, respetando el espíritu del artículo 103 de la misma, y siempre de acuerdo con la capacidad y competencia auto-organizativa de la Comunidad expresada en el artículo 28.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia, reconociendo el escaso margen que la Legislación Estatal le dejaba a la Autonomía de la Comunidad.

Esta Ley era la principal norma autonómica reguladora de la materia, regulación que fue completada por los reglamentos de desarrollo de la misma del año 1991, ya citados. No obstante, la Ley 4/1988 sufrió numerosas modificaciones por distintas normas como la Ley 4/1991, la Ley 8/1992, la Ley 3/1995, y las sucesivas leyes de acompañamiento a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La última modificación de la Ley 4/1988 fue la realizada por la Ley 13/2007, de 27 de julio (Diario Oficial de Galicia núm. 165, de 27 de agosto de 2007). En su disposición última primera se establecía que el Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, aprobaría un decreto legislativo en el que se procedería a refundir la normativa de rango legal vigente en materia de función pública, para lo cual se formularía un texto único que recogiera las sucesivas modificaciones habidas desde la publicación de la Ley 4/1988.

En uso de dicha autorización, por el **Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, se aprobó el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia** (Diario Oficial de Galicia núm. 114, de 13 de junio de 2008). La autorización no incluía la facultad de regularizar, aclarar y

armonizar los textos legales que debían ser refundidos. En consecuencia, el texto refundido incorpora al texto inicial de la Ley 4/1988 las modificaciones sufridas desde su entrada en vigor, así como algunas actualizaciones terminológicas y correcciones gramaticales que no inciden en el fondo de la disposición.

Esta norma tiene un artículo único (en el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia), una disposición adicional (relativa a las remisiones normativas a la Ley 4/1988), una disposición última (en la que se establece que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Galicia), y una disposición derogatoria (en la que, entre otras, se deroga la Ley 4/1988).

El Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia tiene 21 disposiciones adicionales, 15 disposiciones transitorias y 1 disposición última, y la siguiente **estructura**:

- Título I: Objeto y ámbito de aplicación (artículos 1 a 4).
- Título II: Personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículos 5 a 11).
- Título III: Órganos de la función pública (artículos 12 a 20).
- Título IV: Organización de la función pública (artículos 21 a 46).
  - o Capítulo I: Cuerpos de funcionarios.
  - o Capítulo II: El registro de personal.
  - o Capítulo III: Relación de puestos de trabajo, provisión, planes de empleo y oferta de empleo público.
  - o Capítulo IV: El acceso a la función pública.
  - o Capítulo V: Movilidad de los funcionarios de las diversas Administraciones Públicas.
- Título V: Régimen jurídico de la función pública (artículos 47 a 79).
  - o Capítulo I: Adquisición y pérdida de la condición de funcionario.
  - o Capítulo II: Situaciones administrativas.
  - o Capítulo III: La carrera administrativa.
  - o Capítulo IV: Régimen retributivo.
  - o Capítulo V: Licencias, vacaciones y permisos.
  - o Capítulo VI: Seguridad Social.

Señala en su **artículo 1** que tiene por **objeto** ordenar y regular a todo el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, en desarrollo de su Estatuto de Autonomía y en el marco de la legislación básica del Estado.

Y en su **artículo 3** dispone que es **de aplicación** a todo el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y de sus organismos autónomos, señalando que el personal laboral se registrará por



la legislación laboral y por los preceptos de esta Ley que le sean de aplicación.

Asimismo, señala que, en lo que no está reservado a la legislación del Estado, será de aplicación esta Ley al personal de la Administración local. Al personal al servicio del Parlamento de Galicia, regulado por su Estatuto de personal previsto en el Reglamento de la Cámara, así como al adscrito a órganos creados y dependientes del Parlamento, le será de aplicación, con carácter supletorio, la presente Ley. Queda excluido de su ámbito de aplicación el personal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. La presente Ley y su normativa de desarrollo serán de aplicación supletoria al personal de administración y servicios de las universidades gallegas.

Las modificaciones sufridas por esta ley fueron las realizadas por la Ley 2/2009, de 23 de junio (Diario Oficial de Galicia núm. 122, de 24 de junio de 2009), que afecta al artículo 35, y por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, de 30 de diciembre de 2010).

Por otra parte, y en relación con el personal laboral, actualmente está en vigor el **V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia**, que tiene 12 disposiciones transitorias, 19 disposiciones adicionales, los anexos IA, IB, IIA, IIB, III, IV y V, y la siguiente **estructura**:

- Capítulo I: Ámbito del convenio (artículos 1 y 2).
- Capítulo II: Órgano de vigilancia (artículo 3).
- Capítulo III: Estabilidad en el empleo e incompatibilidades (artículos 4 y 5).
- Capítulo IV: Provisión de vacantes y acceso a la condición de personal laboral (artículos 6 a 14).
- Capítulo V: Organización y dirección del trabajo (artículos 15 a 17).
- Capítulo VI: Jornada, horario de trabajo, descanso y vacaciones (artículos 18 a 20).
- Capítulo VII: Licencias y excedencias (artículos 21 a 24).
- Capítulo VIII: Condiciones económicas (artículos 25 a 30).
- Capítulo IX: Beneficios sociales (artículos 31 a 38).
- Capítulo X: Seguridad e higiene (artículos 39 a 42).
- Capítulo XI: Movilidad (artículo 43).
- Capítulo XII: Derechos sindicales (artículos 44 a 46).
- Capítulo XIII: Régimen disciplinario (artículo 47).

De conformidad con su **artículo 1**, este convenio establece y regula las normas por las que se regirán las relaciones de carácter jurídico-laboral entre la Xunta de Galicia y el personal que, sujeto a la legislación laboral, preste sus servicios bajo su dependencia y la de sus organismos autónomos. Se integrará en este convenio el personal laboral que con

posterioridad a la publicación de éste pase a depender de la Xunta de Galicia o de sus organismos autónomos.

Este convenio fue afectado por una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declara la nulidad de una serie de preceptos. En su virtud, fue dictada Resolución de 5 de agosto de 2010, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se dispone el registro y la publicación, en el Diario Oficial de Galicia, del acuerdo del comité intercentros por el que se modifica el texto del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia núm. 203, de 3 de noviembre de 2009, tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2010 (Diario Oficial de Galicia núm. 157, de 17 de agosto de 2010). Con ella, además de una corrección de errores y supresión de un punto de un artículo declarado nulo, se modificó la redacción de algunos artículos, y se introdujo un nuevo artículo (el 21 bis) y una nueva disposición adicional (la décimo novena).

### **3. CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA XUNTA DE GALICIA**

El Estatuto Básico regula en su Título II (aplicable desde su entrada en vigor) las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas. En su artículo 8 considera **empleados públicos** a quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, y los clasifica en:

- o Funcionarios de carrera.
- o Funcionarios interinos.
- o Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- o Personal eventual.

Por su parte, la Ley de la Función Pública de Galicia clasifica en su artículo 5 al **personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia** con una denominación muy similar:

- o Funcionarios.
- o Personal eventual.
- o Personal interino.
- o Personal laboral.

#### **3.1. Funcionarios de carrera**

De acuerdo con el Estatuto Básico (artículo 9), son **funcionarios de carrera** quienes, en virtud de nombramiento legal, estén vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

La Ley de la Función Pública de Galicia (artículo 6) define a los **funcionarios** como aquellos que, en virtud de nombramiento legal, estén incorporados a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia mediante relación profesional de carácter permanente regulada estatutariamente y sujeta a derecho público, ocupan plazas dotadas en los Presupuestos de la Comunidad o se encuentran en algunas de las situaciones administrativas previstas en la presente Ley.

### **3.2. Funcionarios interinos**

Son **funcionarios interinos**, de acuerdo con el Estatuto Básico (artículo 10), los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- o La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- o La sustitución transitoria de los titulares.
- o La ejecución de programas de carácter temporal.
- o El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.

La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

La Ley de la Función Pública de Galicia dispone en su artículo 8 que es **personal interino** el que, con carácter transitorio, por razones de necesidad o de urgencia, debidamente justificada y emitido el informe preceptivo por la Comisión de Personal, es nombrado para prestar servicios

en plazas y puestos de trabajo vacantes reservados a los funcionarios y dotados presupuestariamente, en tanto no sean ocupados por aquéllos.

La Ley 13/2007, de 27 de julio, modificó la antigua Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, añadiendo un nuevo párrafo que se mantiene en el actual texto refundido, y en el que se dispone que con motivo de la acumulación de tareas reservadas a personal funcionario, con carácter excepcional y previo informe favorable de las consellerías competentes en materia de función pública y economía, podrá nombrarse personal funcionario interino sin adscripción a plaza dotada presupuestariamente. Los nombramientos durarán un máximo de seis meses dentro de un período máximo de doce. En el caso de las administraciones públicas distintas de la autonómica, el informe favorable previo corresponderá a sus órganos competentes.

Los nombramientos por esta causa no podrán superar, en ningún caso, el 20 % del total del personal funcionario del centro directivo, ni el 3 % del personal funcionario de la Xunta de Galicia.

### **3.3. Personal laboral**

Es **personal laboral** el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas (artículo 11 del Estatuto Básico). En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

El actual artículo 10 de la Ley de la Función Pública de Galicia incorpora la modificación efectuada en la antigua Ley 4/1988, de 26 de mayo, por la Ley 13/2007, de 27 de julio, y establece que es **personal laboral** aquél que, en virtud de contrato de naturaleza laboral, el cual habrá de formalizarse, en todo caso, por escrito, ocupe puestos de trabajo destinados a personal de esta naturaleza o bien, con carácter excepcional, puestos reservados a personal funcionario.

La Ley 15/2010, de 28 de diciembre, modifica el punto 2 de este artículo 10, que indica que la selección del personal laboral se efectuará de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de oposición, de concurso o de concurso-oposición libre en el que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 37 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres (relativo a los casos de infrarrepresentación del sexo femenino). Añade que, cuando el sistema de acceso sea el de concurso, en las convocatorias se establecerá una puntuación mínima para superarlo. En ningún caso el número de seleccionados podrá exceder el número de plazas convocadas.

La modificación efectuada en su día por la Ley 13/2007 a la Ley 4/1988 añadió en este párrafo como sistema de selección la oposición.

No obstante, dentro del ámbito de la negociación colectiva, el artículo 8 del V Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia señala que el acceso a las distintas categorías de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia se realizará, después de convocatoria pública realizada al efecto, mediante concurso-oposición. El órgano competente para convocar las pruebas de acceso será la consellería competente en materia de función pública.

La Resolución de 5 de agosto de 2010, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se dispone el registro y la publicación, en el Diario Oficial de Galicia, del acuerdo del comité intercentros por el que se modifica el texto del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, citada anteriormente, le dio una nueva redacción al artículo 8.3, que queda con la siguiente redacción: *“El órgano competente para convocar las pruebas de acceso será la consellería competente en materia de función pública; las bases de las convocatorias se negociarán en el órgano competente oída/s la/s propuesta/s del grupo de trabajo técnico.”*

El artículo 10 de la Ley de la Función Pública de Galicia continúa señalando que para la realización de trabajos de carácter temporal y coyuntural, en el caso de vacante o por razones de necesidad o urgencia, que deberán ser debidamente motivadas, se podrá contratar personal laboral de carácter no permanente en conformidad con la legislación laboral vigente. El contrato habrá de formalizarse necesariamente por escrito.

Y en su artículo 11 dispone que ni la prestación de servicios en régimen interino ni la contratación de personal temporal constituirán mérito preferente para el acceso a la condición de funcionario o de personal laboral fijo, respectivamente. No obstante, el tiempo de servicios prestados podrá ser computado en los supuestos de concurso-oposición y siempre que los servicios correspondan a las plazas convocadas.

### **3.4. Personal eventual**

Es **personal eventual** el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin (artículo 12 del Estatuto Básico).

Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que

podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicos.

El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que preste la función de confianza o asesoramiento.

La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

La Ley de la Función Pública de Galicia, en su artículo 7, incorpora el texto de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, tras la modificación efectuada por la Ley 13/2007, de 27 de julio. Esta modificación incluye que la consellería competente en materia de función pública llevará un registro público en el cual figuren las titulaciones académicas y las remuneraciones percibidas por el **personal eventual**.

El artículo 7 establece que es personal eventual aquel que, en virtud de libre nombramiento de las personas miembros del Consello de Gobierno de la comunidad autónoma y con carácter no permanente, ocupa un puesto de trabajo expresamente cualificado de confianza o de asesoramiento especial y que no esté reservado a personal funcionario y figure en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

El personal eventual realiza tareas de confianza y asesoramiento especial, particularmente de apoyo al desarrollo por los miembros del Consello de Gobierno de su labor política, así como para el cumplimiento de sus tareas de carácter parlamentario y de relación con las instituciones y las organizaciones administrativas. En ningún caso podrá adoptar resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las organizaciones a la misma adscritas.

La prestación de servicios en calidad de personal eventual nunca podrá ser considerada como mérito para el acceso a la condición de funcionarios, de personal interino o laboral ni tampoco para la promoción interna.

### **Personal directivo**

Al margen de la clasificación de los empleados públicos, el Estatuto Básico regula en el Subtítulo I de este Título II al **personal directivo**, señalando que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico

específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

- o Es personal directivo lo que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
- o Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
- o El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
- o La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Por su parte, la disposición adicional décimo novena de la Ley de la Función Pública de Galicia recoge que el personal funcionario o estatutario que acceda al desempeño de puestos directivos, será declarado en su puesto de origen en la situación administrativa de servicios especiales. El desempeño de los servicios prestados en los citados puestos será computado para los procesos de selección y provisión como prestados en la plaza de origen, así como a los efectos de trienios y determinación del grado de desarrollo profesional.

## **4. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO**

### **4.1. Adquisición de la relación de servicio**

Partiendo de la regulación que la **Constitución Española** realiza en sus artículos 23.2 y 103.3, el **Estatuto Básico** regula en el capítulo I del Título IV (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto) el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio.

Comienza este capítulo señalando que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Añade que las Administraciones Públicas, entidades y organismos a los que es de aplicación esta norma seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los **principios** constitucionales señalados, así como los siguientes:

- Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- Transparencia.



- Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

A continuación, se regulan los requisitos generales, el acceso de nacionales de otros Estados, de funcionarios españoles de Organismos Internacionales y de personas con discapacidad, así como los órganos de selección.

Una de las principales novedades que introduce este Estatuto Básico respecto a los requisitos de acceso es el relativo a la edad, ya que la edad mínima para poder participar en los procesos selectivos se sitúa en los dieciséis años.

Continúa con la regulación de los sistemas selectivos, respecto a los cuales el artículo 61 dispone que tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

Finalmente, en relación con la **adquisición de la condición de funcionario de carrera**, el artículo 62 del Estatuto Básico prevé el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

- o Superación del proceso selectivo.
- o Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.
- o Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.
- o Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

Por su parte, la **Ley de la Función Pública de Galicia** dedica el capítulo IV de su Título IV al acceso a la función pública. En él se regulan temas como los requisitos de participación en las pruebas selectivas, las convocatorias, las pruebas selectivas, los tribunales o los programas. Hay que tener en cuenta que el artículo 38.2, relativo a la valoración de méritos en los procesos selectivos, ha sido objeto de modificación por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre.

El desarrollo de la ley en esta materia se realizó a través del **Decreto 95/1991**, de 20 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de selección de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.



La Ley de la Función Pública de Galicia regula en los artículos 36 y siguientes los sistemas de acceso. Señala que el acceso a la función pública y a sus cuerpos o escalas se realizará mediante concurso, oposición o concurso-oposición libre, convocados públicamente y basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, sin perjuicio de lo que sobre la carrera administrativa se dispone en la presente Ley. En la convocatoria será preciso tener en cuenta el mandato del artículo 37 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres (relativo a las actuaciones especiales en casos de infrarrepresentación).

Y en el artículo 43 se dispone que, cuando la convocatoria lo establezca, y una vez aprobadas las pruebas selectivas, las personas aspirantes al ingreso en la función pública habrán de superar un **curso de selección o formación** en la Escuela Gallega de Administración Pública adaptado a la naturaleza de cada cuerpo o escala o un período de prácticas en una unidad administrativa. Durante este período serán nombrados funcionarios y funcionarios en prácticas con los derechos económicos que se señalen, computándoseles el tiempo que permanezcan en esta situación a todos los efectos.

Además, considerando la cooficialidad lingüística de nuestra comunidad autónoma, y respecto al **conocimiento de la lengua gallega**, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia ha sido objeto de modificación en su artículo 35 por la Ley 2/2009, de 23 de junio (Diario Oficial de Galicia núm. 122, de 24 de junio de 2009).

En cuanto a los **tribunales u órganos de selección**, su regulación se encuentra en el artículo 34.2, que señala que en su composición ha de atenderse al artículo 36 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres (relativo a la composición paritaria de los tribunales ).

En cuanto al **acceso al empleo público de las personas con discapacidad**, el artículo 33.2 señala que en las convocatorias se tendrán en cuenta las condiciones especiales de ingreso de las personas con discapacidad en la función pública. Esta regulación se completa con las previsiones de la disposición adicional séptima. A nivel estatal, el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

En relación con la **adquisición de la condición de funcionario de carrera**, la Ley de la Función Pública de Galicia dispone en su artículo 47 que se produce por el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Superar las pruebas selectivas y los cursos de selección o formación que sean procedentes.



- Nombramiento conferido por la autoridad competente y publicado en el Diario Oficial de Galicia.  
En este punto, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.2.9. de la Ley de la Función Pública de Galicia, que señala que le corresponde al titular de la consellería competente en materia de función pública nombrar al personal funcionario e interino, así como expedir los correspondientes títulos, excepto personal docente, investigador o sanitario.
- Jurar o prometer fidelidad a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Galicia y obediencia a las leyes, así como desempeñar con imparcialidad el ejercicio de la función pública.
- Tomar posesión en el plazo de un mes a partir de la publicación del nombramiento.  
Este es el momento en el que nace la condición de funcionario, la fecha a partir de la cual produce efectos el nombramiento.

Por lo que respecta al **personal laboral**, el artículo 8 del **V Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia** señala que el acceso a las distintas categorías de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia se realizará, previa convocatoria pública realizada al efecto, mediante concurso-oposición.

En este punto, hay que destacar que la Resolución de 5 de agosto de 2010, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se dispone el registro y la publicación, en el Diario Oficial de Galicia, del acuerdo del comité intercentros por el que se modifica el texto del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia núm. 203, de 3 de noviembre de 2009, tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 27 de enero de 2010 (Diario Oficial de Galicia núm. 157, de 17 de agosto de 2010), citada antes, ha dado la siguiente redacción al artículo 8.3: *“El órgano competente para convocar las pruebas de acceso será la consellería competente en materia de función pública; las bases de las convocatorias se negociarán en el órgano competente oída/s la/s propuesta/s del grupo de trabajo técnico.”*

En cuanto a las **convocatorias**, en el artículo 10 recoge una serie de extremos que hay que incluir, eliminando del contenido mínimo la composición del tribunal (recogida en el IV Convenio Colectivo Único).

Conforme al artículo 12, concluido el proceso selectivo, el tribunal le remitirá al órgano convocante la **propuesta de aspirantes** que lo superaron para proceder a su nombramiento, que la elevará a definitiva y la publicará en el Diario Oficial de Galicia. A continuación, se abrirá un plazo de 20 días para presentar la **documentación** acreditativa de cumplir los requisitos exigidos en la convocatoria.

Finalizado el plazo, el órgano convocante resolverá su **nombramiento** como personal laboral de la Xunta de Galicia, publicándose dicha resolución en el DOG.

El plazo para la **toma de posesión** es de un mes (artículo 13).

Asimismo, el artículo 14 prevé un **período de prueba**: tres meses (categorías de los grupos I y II), dos meses (categorías del grupo III), y un mes (categorías de los grupos IV y V). Durante el período de prueba, la trabajadora o el trabajador tendrá los mismos derechos y deberes que el personal fijo de la plantilla de su misma categoría profesional, excepto los derivados de la resolución de relación laboral, que se podrá producir a petición de cualquiera de las partes durante su transcurso. Las situaciones de IT interrumpen el período de prueba. En caso de que no se supere el período de prueba, la Administración se lo notificará a la trabajadora o al trabajador por escrito motivado, dando conocimiento al comité de empresa o a las delegadas o delegados de personal. La rescisión durante este período no dará derecho a indemnización alguna.

#### **4.2. Pérdida de la relación de servicio**

Dentro del **Estatuto Básico**, el Título IV (aplicable desde su entrada en vigor) dedica el capítulo II a la pérdida de la relación de servicio. El artículo 63 recoge las *causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera*:

- o La renuncia a la condición de funcionario.
- o La pérdida de la nacionalidad.
- o La jubilación total del funcionario.
- o La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme.
- o La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.

La *renuncia* voluntaria a la condición de funcionario habrá de ser manifestada por escrito y será aceptada expresamente por la Administración. No podrá ser aceptada la renuncia cuando el funcionario esté sujeto a expediente disciplinario o haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la comisión de algún delito. La renuncia a la condición de funcionario no inhabilita para ingresar de nuevo en la Administración Pública a través del procedimiento de selección establecido (artículo 64).

La *pérdida de la nacionalidad* española o la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o la de aquellos Estados a los que, en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, les sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, que haya sido tenida en cuenta para el nombramiento, determinará la pérdida

de la condición de funcionario salvo que simultáneamente se adquiriera la nacionalidad de alguno de dichos Estados (artículo 65).

La *pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta* cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto a todos los empleos o cargos que tuviere. La *pena principal o accesoria de inhabilitación especial* cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia (artículo 66).

El artículo 67 regula la *jubilación* de los funcionarios, que podrá ser:

- o *Voluntaria*, a solicitud del funcionario. Procederá siempre que el interesado reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial.
- o *Forzosa*, al cumplir la edad legalmente establecida (los sesenta y cinco años de edad). No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que de dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.
- o Por la declaración de incapacidad *permanente* para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala.
- o *Parcial*, a solicitud del interesado. Procederá siempre que el interesado reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

El artículo 68 regula la *rehabilitación de la condición de funcionario*, estableciendo que, en caso de extinción de la relación de servicios como consecuencia de pérdida de la nacionalidad o jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el interesado, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó, podrá solicitar la rehabilitación de su condición de funcionario, que le será concedida.

Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Si transcurrido el plazo

para dictar la resolución, no se hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud.

Por su parte, la **Ley de la Función Pública de Galicia** señala en su artículo 48 que la condición de funcionario se pierde por alguna de las causas siguientes:

- o Renuncia expresa, que no inhabilita para nuevo ingreso en la función pública.
- o Separación del servicio, por resolución firme recaída en expediente disciplinario o inhabilitación absoluta o especial para cargo público acordada como pena principal o accesoria en sentencia judicial de carácter definitivo.
- o Pérdida de la nacionalidad española, teniendo en cuenta, no obstante, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de la población nacional de los demás Estados miembros de la Unión Europea.
- o Jubilación forzosa (regulada en el artículo 49) o voluntaria (regulada en el artículo 50).

La Ley 13/2007, que modificó a la antigua Ley 4/1988, suprimió el número 5 de este artículo, que recogía como causa de pérdida de la condición de funcionario la falta de petición de reingreso al servicio activo dentro del período de excedencia voluntaria por interés particular.

La Ley 15/2010, de 28 de diciembre, añade a la Ley de la Función Pública de Galicia un nuevo artículo 50.bis), que indica que en los casos de extinción de la relación de servicio como consecuencia de pérdida de la nacionalidad o de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, la persona interesada, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó, puede solicitar la rehabilitación de su condición de personal funcionario, que le será concedida.

Continúa señalando que, si la rehabilitación se produjese antes de que transcurriesen dos años desde la extinción de la relación de servicio como consecuencia de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el personal funcionario se reincorporará al último puesto de trabajo que hubiese ocupado con carácter definitivo, el cual le quedará reservado durante ese período de tiempo.

Finaliza indicando que el Consello de la Xunta de Galicia, previo informe favorable de la Asesoría Jurídica y una vez oída la comisión de personal, podrá conceder de forma motivada, con carácter excepcional y a solicitud de la persona interesada, la rehabilitación de quien hubiese perdido la condición de personal funcionario por condena a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Si la resolución no se hubiese dictado de forma expresa ni

notificado a la persona interesada en el plazo de tres meses, la solicitud de rehabilitación se podrá entender desestimada.

## **5. RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

La **responsabilidad disciplinaria** es aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden, únicamente, en sus derechos. El Tribunal Constitucional ha manifestado que le son aplicables al procedimiento por el que se exige la responsabilidad disciplinaria los principios inspiradores del orden penal, si bien con matizaciones, de legalidad y tipicidad.

### **5.1. Regulación estatal**

El Título VII del **Estatuto Básico** regula el régimen disciplinario. Este Título es aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto.

En el artículo 93 se dispone que los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto.

Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos. Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieran las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.

El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral.

El artículo 94 señala que las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones.

La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

- o Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.
- o Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.

- o Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- o Principio de culpabilidad.
- o Principio de presunción de inocencia.

Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración.

En el artículo 95 se clasifican las faltas disciplinarias en muy graves, graves y leves, y en el artículo 96 se recogen las sanciones. El artículo 97 regula la prescripción de las faltas y sanciones.

De conformidad con lo establecido en la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, se consideran faltas muy graves del personal funcionario y del personal laboral los siguientes supuestos no previstos en la actual normativa:

- o El acoso moral, sexual y por razón de sexo.
- o El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.
- o La publicación o utilización indebida de la documentación que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.
- o El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.
- o La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior.
- o La prevalencia en la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.
- o La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
- o El acoso laboral.

Asimismo, se incorpora el traslado forzoso sin cambio de localidad de residencia como nueva sanción disciplinaria.

Se modifican los plazos de prescripción de las faltas: infracciones muy graves (3 años), graves (2 años) y leves (6 meses). Se fijan los plazos de prescripción de las sanciones: por faltas muy graves (3 años), graves (2 años) y leves (1 año). Dichos plazos de prescripción de faltas y sanciones



se aplican con el carácter de disposición legal de derecho necesario al personal laboral.

El cómputo del plazo de prescripción en el caso de faltas continuadas se inicia desde el cese de su comisión.

Durante el tiempo en que se permanezca en situación de suspensión provisional se percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y las prestaciones familiares por hijo a cargo. Será obligatoria a devolución o restitución de lo percibido cuando la suspensión provisional se eleve a definitiva.

La Resolución de 21 de junio de 2007, antes mencionada, recoge expresamente que sigue vigente el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, así como los convenios colectivos de personal laboral en todo lo que no resulten incompatibles con lo dispuesto en el Título VII del Estatuto Básico.

En el artículo 98 del Estatuto Básico se regula el procedimiento disciplinario y las medidas provisionales. Comienza señalando que no podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido. La imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado.

El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

En cuanto a las medidas provisionales, establece que cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrán adoptar mediante resolución motivada, y con el fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

El mismo artículo regula la suspensión provisional, que se podrá adoptar como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario y que no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. Podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo. El funcionario suspenso provisional



tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Cuando la suspensión provisional se eleve a definitiva, el funcionario deberá devolver lo percibido durante el tiempo de duración de aquélla. Si la suspensión provisional no llegara a convertirse en sanción definitiva, la Administración deberá restituir al funcionario la diferencia entre los haberes realmente percibidos y los que hubiera debido percibir si se hubiera encontrado con plenitud de derechos. El tiempo de permanencia en suspensión provisional será de abono para el cumplimiento de la suspensión firme. Cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión.

## **5.2. Regulación en la normativa gallega**

A nivel autonómico, la **Ley de la Función Pública de Galicia** señala en su artículo 79 que se hace extensivo a las personas funcionarias de la Comunidad Autónoma de Galicia el régimen disciplinario establecido por la normativa del Estado. A tal fin un reglamento disciplinario regulará el procedimiento sancionador, en el cual se tendrán básicamente en cuenta los principios de eficacia y garantía.

En virtud de esto, se dictó el **Decreto 94/1991**, de 20 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este decreto fue modificado por el Decreto 157/2004, de 7 de julio (DOG núm. 139, de 20 de julio).

Constituye *falta administrativa* cualquier incumplimiento de los deberes a que el funcionario está sujeto. Las faltas se clasifican en muy graves, graves y leves.

Los funcionarios que se encuentren en situación distinta de la de servicio activo podrán incurrir en responsabilidad disciplinaria por faltas previstas en el reglamento que puedan cometer dentro de sus peculiares situaciones administrativas. De no ser posible el cumplimiento de la sanción en el momento en que se dicte la resolución, por encontrarse el funcionario en situación administrativa que lo impida, ésta se hace efectiva cuando su cambio de situación lo permita, salvo que hubiese transcurrido el plazo de prescripción. No podrá exigirse responsabilidad disciplinaria por actos posteriores a la pérdida de la condición de funcionario. La pérdida de esta condición no libera de responsabilidad civil o penal contraída por faltas cometidas durante el tiempo en que se hubiese mantenido dicha condición.

Podrán imponerse las siguientes sanciones por la comisión de faltas disciplinarias:

- o Separación del servicio, por la comisión de faltas muy graves.
- o Suspensión de funciones, por la comisión de faltas muy graves (no superior a 6 años ni inferior a 3) o graves (no excederá de 3 años).
- o Traslado con cambio de residencia, por la comisión de faltas muy graves (imposibilidad de obtener nuevo destino por ningún procedimiento en la localidad desde la que hubiesen sido trasladados durante 3 años) o graves (dicha imposibilidad durante 1 año).
- o Apercibimiento, por la comisión de faltas leves.

La prescripción de las faltas es la siguiente: 3 años para las faltas muy graves, 1 año para las graves, y 1 mes para las leves. El plazo comenzará a contarse desde que se hubiera cometido la falta.

En cuanto a las sanciones, su prescripción es la siguiente: 3 años para las sanciones por faltas muy graves, 1 año para las impuestas por faltas graves, y 1 mes para las impuestas por faltas leves. El plazo comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción, o desde que se quebrantó el cumplimiento de la sanción, si ya hubiese comenzado.

La prescripción se interrumpirá por el comienzo del procedimiento. A este efecto, la resolución de incoación del expediente disciplinario deberá ser debidamente registrada y volverá a correr el plazo si el expediente permanece paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al funcionario sujeto al procedimiento.

No se podrán imponer sanciones por faltas graves o muy graves más que en virtud del expediente instruido al efecto, de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente reglamento. Para la imposición de sanciones por faltas leves no será preceptiva la instrucción previa del expediente, salvo el trámite de audiencia al interesado, que deberá evacuarse en todo caso.

El procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo motivado del órgano competente, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia del orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia. De haberse producido por denuncia, deberá comunicarse el acuerdo al denunciante.

Son órganos competentes para ordenar la incoación del expediente disciplinario el secretario general de cada consellería y los directores de los organismos autónomos y entes públicos de oficio o, en su caso, a propuesta de los delegados provinciales y territoriales con relación a los funcionarios dependientes de ellos.

En la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará un instructor, que deberá ser funcionario perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado. Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos así lo exijan, se procederá al nombramiento de un secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario.

La incoación de procedimiento con el nombramiento del instructor y del secretario se notificará al funcionario sujeto al expediente, así como a los designados para ejercer dichos cargos.

La recusación contra el instructor y el secretario podrá ejercitarse desde el momento en que el interesado tenga el conocimiento de quienes son. La abstención y la recusación se plantearán ante la autoridad que acordó el nombramiento, que deberá resolver en el término de tres días.

El instructor ordenará la práctica de cuantas diligencias sean adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos y en particular de cuantas pruebas puedan conducir a su esclarecimiento y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. Las primeras actuaciones del instructor serán recibir declaraciones del presunto inculpado y evacuar cuantas diligencias se deduzcan de la comunicación o denuncia que motivó la incoación del expediente.

En un plazo no superior a un mes, a contar desde la incoación del procedimiento, el instructor formulará el correspondiente pliego de cargos o propuesta de sobreseimiento. En el primer caso, incluirá los hechos imputados, con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que puedan ser de aplicación.

El pliego se le notificará al inculpado, concediéndole un plazo de 10 días para que efectúe las alegaciones que considere convenientes y aporte cuantos documentos considere de interés para su defensa. En este trámite deberá solicitar, si lo estima conveniente, la práctica de las pruebas. El instructor podrá acordar la práctica de las pruebas que juzgue oportunas. Para su práctica se dispondrá del plazo de un mes.

Se dará vista del expediente al inculpado para que, en el plazo de 10 días, alegue lo que estime pertinente para su defensa y aporte cuantos documentos considere de interés.

El instructor formulará dentro de los 10 días siguientes propuesta de resolución, en la que fijará con precisión los hechos probados, la valoración jurídica de los hechos, determinando, si procede, la falta cometida, la responsabilidad del funcionario y la sanción que estime procedente. La propuesta se notificará al interesado para que, en el plazo de 10 días, pueda alegar ante el instructor cuanto estime pertinente para su defensa.

El expediente completo se remitirá al órgano que acordó la incoación del procedimiento, el cual lo remitirá al órgano competente para que proceda a dictar la resolución, u ordenará al instructor la práctica de las diligencias que considere necesarias.

La resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario deberá adoptarse en el plazo de 10 días, salvo en el caso de la separación del servicio, y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente. La resolución tendrá que ser motivada y no se podrán aceptar hechos distintos de aquellos que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica. El plazo máximo en el que deberá dictarse y notificarse la resolución no podrá exceder de seis meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

En la resolución deberá determinarse con toda precisión la falta que se estime cometida, señalando los preceptos en que aparezca recogida, la clase de falta, el funcionario responsable y la sanción que se impone.

La resolución deberá ser notificada al inculpado, con expresión de los recursos que quepan contra la misma, el órgano ante el que han de presentarse y los plazos para interponerlos.

Son órganos competentes para la imposición de las sanciones:

- o El Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, para imponer la sanción de separación del servicio.
- o Los titulares de la consellería en que esté destinado el funcionario, o los secretarios generales por delegación de aquellos, para imponer las sanciones por faltas graves o muy graves.  
Si la sanción se impone por la comisión de faltas en materia de incompatibilidades en relación con las actividades desarrolladas en diferentes consellerías, la facultad le corresponderá al conselleiro competente en materia de función pública.
- o Los directores generales y los delegados provinciales, respecto del personal dependiente de ellos, para la imposición de sanciones por faltas leves.

Las sanciones disciplinarias se ejecutarán en el plazo máximo de un mes, salvo que, por causas justificadas, se establezca otro distinto en dicha resolución. Estas sanciones se anotarán en el registro de personal, con indicación de las faltas que las motivaron. La cancelación de estas anotaciones se producirá de oficio o a instancia del interesado. En ningún caso se computarán, a efectos de reincidencia, las sanciones canceladas.

En cuanto a la extinción de la responsabilidad disciplinaria, se produce por el cumplimiento de la sanción, por muerte, por prescripción de la falta o de la sanción, por indulto y por amnistía.

Si durante la substanciación del procedimiento sancionador se produce la pérdida de la condición de funcionario del inculpado, se dictará una resolución en la que, con invocación de la causa, se declarará extinguido el procedimiento sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le pueda ser exigida, y se ordenará el archivo de las actuaciones, salvo que por parte interesada se inste la continuación del expediente. Al mismo tiempo, se dejarán sin efecto cuantas medidas de carácter provisional se hubiesen adoptado con respecto al funcionario inculpado.

El régimen disciplinario del **personal laboral** aparece regulado en el **Capítulo XIII del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia**.

Eduarda Varela Castro  
Funcionaria del cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia

**32. DERECHOS DE LOS  
FUNCIONARIOS PÚBLICOS;  
ESPECIAL REFERENCIA A LA  
CARRERA PROFESIONAL Y  
PROMOCIÓN INTERNA, A LOS  
DERECHOS RETRIBUTIVOS Y AL  
DERECHO A LA NEGOCIACIÓN  
COLECTIVA. JORNADA DE  
TRABAJO, PERMISOS Y  
VACACIONES. DEBERES DE LOS  
EMPLEADOS PÚBLICOS;  
CÓDIGO DE CONDUCTA.**

## **TEMA 32**

### **DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA CARRERA PROFESIONAL Y PROMOCIÓN INTERNA, A LOS DERECHOS RETRIBUTIVOS Y AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES. DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS; CÓDIGO DE CONDUCTA**

#### **1. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA CARRERA PROFESIONAL Y PROMOCIÓN INTERNA, A LOS DERECHOS RETRIBUTIVOS Y AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.**

**La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público** (en adelante, Estatuto Básico) regula en su Título III los derechos y deberes, así como el código de conducta de los empleados públicos. Su Capítulo I, aplicable desde su entrada en vigor, está dedicado a los derechos de los empleados públicos.

Tal y como señala su Exposición de Motivos, se incluye un listado de derechos básicos y comunes de los empleados públicos, diferenciando, eso sí, el más específico derecho de los funcionarios de carrera a la inamovilidad en su condición, que no se debe contemplar como un privilegio corporativo sino como la garantía más importante de su imparcialidad. El Estatuto Básico actualiza ese catálogo de derechos, distinguiendo entre los de carácter individual y los derechos colectivos, e incorporando a los más tradicionales otros de reciente reconocimiento, como los relativos a la objetividad y transparencia de los sistemas de evaluación, al respeto de su intimidad personal, especialmente frente al acoso sexual o moral, y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El artículo 14 del Estatuto Básico enumera una serie de derechos de carácter individual que los empleados públicos tienen en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio. Y en su artículo 15, el Estatuto Básico regula los derechos individuales de los empleados públicos ejercidos colectivamente.

Hay que destacar que el Estatuto Básico fue objeto de modificación por la Disposición Final Vigésimo Tercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 23 de diciembre de 2010). Con efectos del 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, se modifica el Estatuto Básico en el sentido de añadir una nueva letra e) al artículo 49, que recoge el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

En la **Ley de la Función Pública de Galicia**, cuyo Texto Refundido ha sido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (en adelante, Ley de la Función Pública de Galicia), no hay ni un título ni un capítulo dedicado a los derechos de los funcionarios públicos, sino que estos están dispersos por el articulado. Lo mismo sucede respecto al personal laboral con el V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

A continuación, analizaremos los **derechos de los empleados públicos**, clasificados por el Estatuto Básico como **individuales y colectivos**. Dentro de los individuales, realizaremos una diferenciación entre **los que tienen un contenido estrictamente económico y aquellos que no lo tienen**.

## **1. Derechos individuales de contenido económico**

### **1.1. Derecho a percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio**

El Estatuto Básico establece en su artículo 14 el **derecho a percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio**, y regula en el Capítulo III (que producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto) del Título III los derechos retributivos. Este Capítulo comienza señalando que las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos (artículo 21).

Las **retribuciones de los funcionarios de carrera**, según el artículo 22, se clasifican en básicas y complementarias. Asimismo, este artículo señala que **no podrá percibirse** participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios.

Las **retribuciones básicas** son las que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, y por su antigüedad en el mismo. Dentro de ellas están comprendidos los componentes del sueldo y trienios de las pagas extraordinarias. Según el artículo 23, están integradas única y exclusivamente por:

- a) El *sueldo* asignado a cada subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo.



- b) Los *trienios*, que consisten en una cantidad, que será igual para cada subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, por cada tres años de servicio.

Las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo a las que se refiere el artículo 24.c) y d) del Estatuto.

Las **retribuciones complementarias** son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario. Según el artículo 24, su cuantía y estructura se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

- a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
- b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.
- c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con el que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.
- d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Asimismo, el artículo 28 establece que los funcionarios percibirán las **indemnizaciones correspondientes por razón del servicio**.

Las Administraciones Públicas podrán destinar cantidades a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones, y que tendrán la consideración de **retribución diferida** (artículo 29).

Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la **deducción proporcional de haberes**, que no tendrá carácter sancionador (artículo 30).

Este Capítulo III del Título III recoge también una referencia a las retribuciones de los funcionarios interinos y de los funcionarios en prácticas.

Respecto a los primeros, el artículo 25 dispone que los **funcionarios interinos** percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al subgrupo o grupo de adscripción, en el supuesto de

que este no tenga subgrupo. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a las que se refiere el artículo 24.b), c) y d) y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre.

El segundo apartado de este artículo, que produce efectos con la entrada en vigor del Estatuto Básico (Disposición Final Cuarta), señala que se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del Estatuto, que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo. La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007), dispone que para el reconocimiento de los trienios se aplicarán las normas de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública y su normativa de desarrollo.

En cuanto a los **funcionarios en prácticas**, el artículo 26 establece que las Administraciones Públicas determinarán sus retribuciones, que, como mínimo, se corresponderán a las del sueldo del subgrupo o grupo, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, en que aspiren a ingresar.

Las **retribuciones del personal laboral** se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo (artículo 27).

Por lo que respecta a la **Ley de la Función Pública de Galicia**, debemos acudir al capítulo IV (“Régimen retributivo”) del título V (“Régimen jurídico de la función pública”). Este capítulo IV regula las retribuciones a las que tienen derecho los funcionarios, y que se dividen entre básicas y complementarias (artículo 69). Este artículo 69, en el apartado relativo a los trienios, ha sido objeto de modificación por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, de 30 de diciembre de 2010).

Las **retribuciones básicas** son:

- a) El *sueldo*, que se fijará en función de cada uno de los grupos en los que se organizan los cuerpos y escalas de funcionarios de la Comunidad.
- b) Los *trienios*, consistentes en una cantidad que será igual para el subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, por cada tres años de servicio en el cuerpo o escala.

En caso de que un funcionario preste sus servicios sucesivamente en diferentes cuerpos o escalas de distinto subgrupo o grupo de clasificación, tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los subgrupos o grupos anteriores. Asimismo, cuando un funcionario cambie de adscripción de subgrupo o grupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrido se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo subgrupo o grupo.

- c) Las *pagas extraordinarias*, que serán dos al año, por un importe mínimo de una mensualidad de sueldo y trienios cada una de ellas. Se percibirán los meses de junio y diciembre.

El artículo 70 establece que las cuantías de las retribuciones básicas correspondientes al sueldo y trienios serán iguales para cada uno de los grupos en que se clasifican los cuerpos o escalas. Asimismo, las cuantías de las pagas extraordinarias serán iguales para cada uno de los grupos de clasificación según el nivel del complemento de destino que perciban.

El sueldo de los funcionarios del grupo A no podrá exceder en más de tres veces el sueldo de los funcionarios del grupo E.

La cuantía de las retribuciones básicas de los complementos de destino asignados a cada puesto de trabajo y de los complementos específicos y de productividad, en su caso, deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma.

De acuerdo con la nueva redacción dada al apartado de trienios del artículo 69 por la Ley 15/2010 señalada, el personal interino de la Xunta de Galicia que acceda a la condición de personal funcionario en prácticas y/o de carrera tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios que tenga reconocidos como personal interino o en prácticas.

Con anterioridad, por Orden de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, de 9 de mayo de 2007, se dictaron normas relativas al reconocimiento de trienios al personal funcionario interino al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, al personal funcionario interino que tenga servicios prestados en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, y que esté prestando servicios en esta Administración en el momento de la entrada en vigor de dicho estatuto, se le reconocerán los trienios correspondientes por cada tres años de servicios prestados.

Asimismo, el personal funcionario interino que pase a prestar servicios en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, con posterioridad

a la entrada en vigor del Estatuto, también tendrá derecho al reconocimiento de trienios.

Son **retribuciones complementarias** (artículo 69):

- a) El *complemento de destino*, que es el correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe (que figura en la relación de puestos de trabajo) y es igual para todos los puestos del mismo nivel.
- b) El *complemento específico*, mediante el cual se retribuyen las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad.  
Este complemento está asignado en la actualidad en función del nivel del puesto que se ocupe, de forma que los funcionarios que ocupen un puesto del mismo nivel perciben el mismo complemento específico.
- c) El *complemento de productividad*, que retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria, el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo.  
Su asignación se realizará conforme a criterios objetivos establecidos reglamentariamente con la necesaria información y participación de los miembros representantes del personal. Para eso se tendrá en consideración la calificación emitida por la Comisión de evaluación del desempeño respecto a la unidad administrativa de que se trate.  
En cualquier caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del departamento y organismo interesado, así como de los representantes sindicales.
- d) Las *gratificaciones por servicios extraordinarios*, realizados fuera de la jornada normal, que no podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

El artículo 71 dispone que los puestos de trabajo que exijan el mismo nivel de titulación y que tengan en su ejercicio similar grado de dificultad tendrán los mismos complementos de destino y específico si son semejantes las condiciones de trabajo.

Los funcionarios también perciben **indemnizaciones por razón del servicio**, a las que se refiere el artículo 69.4 de la Ley de la Función Pública de Galicia, y que se regulan a través del Decreto 144/2001, de 7 de junio, sobre indemnizaciones por razón del servicio al personal con destino en la Administración autonómica de Galicia. En el Diario Oficial de Galicia núm. 250, de 30 de diciembre de 2005, se publicó la Resolución de 29 de diciembre de 2005, por la que se ordena la publicación del acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 29 de diciembre de 2005, sobre la revisión de la cuantía de la indemnización por uso de vehículo particular y la de las dietas en territorio nacional, establecidas en el Decreto 144/2001.

Asimismo, en el Diario Oficial de Galicia núm. 103, de 30 de mayo de 2011, se publicó el Decreto 96/2011, de 5 de mayo, por el que se modifica el Decreto 144/2001. En el Diario Oficial de Galicia núm. 105, de 1 de junio de 2011, se publicó una corrección de errores del citado Decreto 96/2011.

El artículo 72 de la Ley de la Función Pública disponen que el **personal laboral** será retribuido conforme lo previsto en su normativa y en los convenios colectivos, procurándose mediante un convenio-marco u otros instrumentos la igualdad de retribuciones para las tareas que supongan unas mismas condiciones de preparación y unas mismas funciones.

La **Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia** incluyó un nuevo artículo 67 bis en la antigua Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, y que se incorporó al texto refundido como el actual artículo 73, que señala que en el desarrollo y aplicación de los preceptos incluidos en este capítulo, así como en los de toda la política retributiva de la Xunta de Galicia, se deberán tener en cuenta los artículos 39 y 40 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres (relativos a la igualdad retributiva en el empleo público).

#### **1.2. Derecho a la jubilación y a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación**

Los derechos individuales de contenido económico a los que nos referimos hasta ahora están unidos a la prestación del trabajo por parte del funcionario. Sin embargo, hay otros derechos individuales de contenido económico, que son percibidos cuando finaliza la relación de servicio del funcionario. El artículo 14 del Estatuto Básico se refiere al **derecho a la jubilación y a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación**.

Hay que partir necesariamente de la previsión que hace la Constitución Española en sus artículos 41 y 50. Por su parte, el Estatuto Básico hace una mención a la jubilación de los funcionarios en la disposición adicional sexta.

El capítulo VI del título V de la Ley de la Función Pública de Galicia se refiere a la Seguridad Social en su artículo 78. De acuerdo con esta regulación, hay que acudir al régimen correspondiente de la Seguridad Social, donde nos encontramos con las distintas prestaciones a las que se puede tener derecho (pensión de jubilación, de viudedad, de orfandad, etc.). Los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

## **2. Derechos individuales de contenido no estrictamente económico**

En cuanto a estos derechos, siguiendo el **Estatuto Básico** (artículo 14), y de acuerdo con lo previsto en la **Ley de la Función Pública de Galicia**, la regulación actual es la siguiente:

### **2.1. Derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera**

El artículo 14 del Estatuto Básico establece como un derecho de carácter individual de los empleados públicos, en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.

El Estatuto deroga expresamente el artículo 63 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que establecía que el Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia.

El derecho al cargo, denominado en el Estatuto Básico como derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, es uno de los más importantes para el funcionario, ya que le garantiza su permanencia en la relación funcional, que únicamente se puede extinguir por alguna de las causas establecidas. Como señala en su Exposición de Motivos el Estatuto Básico, no se debe entender como un privilegio, sino como la garantía más importante de su imparcialidad.

### **2.2. Derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional**

### **2.3. Derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación**

Con respecto a los derechos recogidos en estos dos apartados (2.2 y 2.3), hay que señalar que el Capítulo II del Título III del **Estatuto Básico** se dedica íntegramente al derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, junto con la evaluación del rendimiento. Este capítulo, de conformidad con la disposición final cuarta, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo.

El artículo 16 del Estatuto Básico recoge el derecho a la **promoción profesional**. Y define la **carrera profesional** como el conjunto ordenado



de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A tal objeto, las Administraciones Públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes **modalidades**:

- o Carrera horizontal: consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el artículo 20.3 (relativo a la evaluación del desempeño).
- o Carrera vertical: consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el Capítulo III del Título V.
- o Promoción interna vertical: consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que este no tenga subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.
- o Promoción interna horizontal: consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.

Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto podrán regular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17, la **carrera horizontal** de los funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas:

- o Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.
- o Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

Respecto a la **carrera vertical**, el Capítulo III del Título V regula la provisión de puestos de trabajo, recogiendo los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública.

La **promoción interna** (artículo 18) se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales

de igualdad, mérito y capacidad, así como los contemplados en el artículo 55.2 (principios rectores en el acceso al empleo público).

Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que este no tenga subgrupo, y superar las correspondientes pruebas selectivas.

En este apartado hay que destacar la regulación que realiza el Capítulo II del Título V del Estatuto Básico, relativa a la estructuración del empleo público. De acuerdo con el artículo 75, los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo. Y en el artículo 76 se regula la nueva clasificación profesional del personal funcionario de carrera. Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

- o Grupo A, dividido en dos subgrupos: A1 y A2, para el acceso a los cuales se exigirá estar en posesión del título universitario de grado.
- o Grupo B, para el acceso al cual será necesario tener el título de técnico superior.
- o Grupo C, dividido en dos subgrupos: C1 (para lo cual es necesario el título de bachiller o técnico) y C2 (para lo cual es necesario el título de graduado en educación secundaria obligatoria).

La Disposición Adicional Séptima prevé las agrupaciones profesionales sin requisito de titulación.

Transitoriamente, los grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del Estatuto se integrarán en los nuevos, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

- o Grupo A: Subgrupo A1.
- o Grupo B: Subgrupo A2.
- o Grupo C: Subgrupo C1.
- o Grupo D: Subgrupo C2.
- o Grupo E: Agrupaciones Profesionales a las que se refiere la Disposición Adicional Séptima.

Los funcionarios del subgrupo C1 que reúnan la titulación exigida podrán promocionar al grupo A sin necesidad de pasar por el nuevo grupo B.

Respecto al **personal laboral**, el artículo 77 del Estatuto Básico dispone que se clasificará de conformidad con la legislación laboral.



En cuanto a la carrera profesional y promoción del personal laboral, el artículo 19 dispone que el personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos.

La Disposición Transitoria Segunda señala que el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del Estatuto Básico esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

Este capítulo del Estatuto Básico finaliza con el artículo 20 dedicado a la **evaluación del desempeño**, que es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del Estatuto.

La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del artículo 24.c) de este Estatuto Básico (trata de las retribuciones complementarias ligadas al grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos), y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño.

Por su parte, la **Ley de la Función Pública de Galicia** regula en el Capítulo III del Título V la **carrera administrativa**, que consiste en (artículo 63):

- La promoción desde el cuerpo o escala de un determinado grupo al de otro inmediatamente superior (**promoción interna vertical**),
- ascenso dentro de los **grados** asignados al mismo cuerpo o escala,
- acceso a otro cuerpo o escala del mismo grupo (**promoción interna horizontal**).

Esta ley se desarrolló en este apartado a través del **Decreto 93/1991**, de 20 de marzo, por el que se aprueba la legislación de provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna.

A continuación se detalla la regulación autonómica en esta materia.

### **Promoción interna vertical**

El artículo 63 de la Ley de la Función Pública de Galicia señala que en las convocatorias de las pruebas selectivas **se reservará** un mínimo de un 25 % de las vacantes convocadas para personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del grupo inmediatamente inferior que, estando en posesión de la titulación exigida y demás requisitos inherentes a la vacante a cubrir, hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años en el cuerpo o escala de pertenencia. Con la modificación efectuada en la antigua Ley 4/1988 por la Ley 13/2007 se ha eliminado de este punto la previsión de que el máximo de las vacantes que se reservasen para este turno fuese el 50 %.

Dichas **pruebas**, en las cuales habrán de respetar los **principios** de igualdad, mérito y capacidad, podrán llevarse a cabo en convocatorias independientes de las de ingreso cuando, por conveniencia de la planificación general de los recursos humanos, así lo autorice el Consello de la Xunta de Galicia.

Asimismo, se incluye la posibilidad de **participar** en los procesos de promoción interna para el acceso al cuerpo administrativo de la Xunta de Galicia (grupo C) el personal funcionario del cuerpo auxiliar de la Xunta de Galicia (grupo D) que, aun careciendo de la titulación exigida para la pertenencia al grupo C, acredite una antigüedad mínima de diez años en el grupo D o tenga una antigüedad mínima de cinco años y supere los cursos de formación que reglamentariamente se determinen. Estas remisiones a los grupos de clasificación deberán actualizarse en la ley de desarrollo del Estatuto Básico que se apruebe de acuerdo con la nueva clasificación profesional, por lo que las referencias serán a los nuevos subgrupos C1 y C2.

Se establece la **preferencia** de las personas que accedan a otros cuerpos o escalas por el sistema de promoción interna para cubrir los puestos vacantes ofertados sobre las personas aspirantes que no procedan de este turno, así como la posibilidad de tomar posesión de la plaza que ya vinieran desempeñando con carácter definitivo cuando el nivel de esta se encuentre incluido en el intervalo de niveles del cuerpo y grupo al que accedan. Las plazas reservadas a promoción interna que no se cubran se acumularán a las de provisión libre.

Asimismo, se incluye la **conservación del grado personal** ya consolidado en el cuerpo o escala de procedencia, siempre que esté incluido en el intervalo de niveles correspondiente al nuevo cuerpo o escala, y el tiempo de servicios prestados en aquellos será de aplicación, en su caso, para la consolidación del grado personal en este.

De acuerdo con el **artículo 23 de la legislación**, el ascenso por promoción interna se efectuará mediante el sistema de oposición o concurso-oposición. Los funcionarios que participen pueden quedar exentos del examen de aquellas materias de las que tengan conocimientos suficientemente acreditados por el examen exigido en su día para acceder al puesto que vengan desempeñando.

Cuando el sistema de acceso sea el de concurso-oposición, en la fase de concurso, que no tendrá carácter eliminatorio, se valorarán, entre otros méritos, la antigüedad del funcionario en el cuerpo o en la escala a la que pertenezca, su grado personal, el trabajo desarrollado, en el que se tendrá en cuenta la similitud entre las actividades habitualmente desempeñadas por los funcionarios y las de los integrantes del cuerpo o escala a la que opta, los cursos de formación y perfeccionamiento realizados en relación con estas últimas, y, en su caso, el tiempo de permanencia en puestos de trabajo de cada nivel.

En ningún caso se podrá aplicar la puntuación obtenida en la fase de concurso para superar los ejercicios de la fase de oposición.

### **Promoción interna horizontal**

El artículo 64 de la Ley de la Función Pública de Galicia señala que las personas funcionarias podrán **acceder** a otros cuerpos o escalas encuadradas en el mismo grupo que tengan asignadas funciones sustancialmente coincidentes en su contenido profesional y en su nivel técnico, siempre que estén en la posesión de la titulación exigida en cada caso y superen las pruebas selectivas.

Prevé la posibilidad de **eximir** de alguna de las pruebas a aquellas personas funcionarias que procedan de la misma área de especialización

profesional que la correspondiente al cuerpo o escala a la que se pretende promocionar.

Por su parte, este punto se recoge en el **artículo 24 del Reglamento**, que dispone que el acceso a cuerpos o escalas del mismo grupo de titulación deberá efectuarse con respecto a los principios de mérito y capacidad entre funcionarios que desempeñen actividades substancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico.

El Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro competente en materia de función pública, podrá **determinar**, cuando se deriven ventajas para la gestión de los servicios, los cuerpos o escalas de la Administración autonómica a que se pueda acceder por este procedimiento, previa iniciativa del departamento a que estuviesen adscritos.

El conselleiro competente en materia de función pública establecerá los **requisitos** y las **pruebas** que deberá superar. Para participar en las mismas se exigirá, en todo caso, estar en posesión de la titulación académica requerida con carácter general para el acceso a los cuerpos o escalas de que en cada caso se trate.

En las convocatorias para el acceso a cuerpos o escalas por este procedimiento deberá establecerse la **exención** de pruebas encaminadas a acreditar los conocimientos ya exigidos en el cuerpo o escala de origen.

### **Grado personal**

De acuerdo con los artículos 65 de la Ley de la Función Pública de Galicia y 18 del Reglamento, toda persona funcionaria posee un grado personal que corresponderá a uno de los **30 niveles** en que se clasifiquen los puestos de trabajo.

El grado personal **se adquiere** por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o durante tres con interrupción. Si durante el tiempo en que la persona funcionaria desempeña un puesto se modificase el nivel de los mismos, el tiempo del desempeño se computará en el nivel más alto con que tal puesto estuviese clasificado.

A pesar de esto, las personas funcionarias que obtengan un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyeran, sin que en caso alguno puedan superar el correspondiente al del puesto desempeñado ni el intervalo de niveles correspondiente a su cuerpo o escala.

Las personas funcionarias de **nuevo ingreso** comenzarán a consolidar el

grado correspondiente al nivel de complemento de destino del primer puesto al que se les adscriba, de forma provisional o definitiva, tras la superación del proceso selectivo.

El **reconocimiento** del grado personal será efectuado de oficio o a instancia de parte por el conselleiro competente en materia de función pública, que dictará al efecto la oportuna resolución comunicándola al registro de personal en el plazo de tres días. En relación con las personas funcionarias pertenecientes a cuerpos o escalas adscritos a su departamento, el reconocimiento se hará por el titular de la consellería a que esté adscrita la persona funcionaria, debiendo asimismo comunicárselo al registro de personal en el citado plazo.

La adquisición y los cambios de grado **se inscribirán** en el registro de personal previo reconocimiento por órgano competente.

Los grados superiores de los cuerpos o escalas podrán coincidir con los inferiores en el cuerpo o escala inmediatamente superior.

Las personas funcionarias tendrán derecho, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen, a **percibir** por lo menos el complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal. No obstante, la percepción del complemento específico será siempre la que le corresponda al puesto realmente desempeñado.

La Ley 15/2010, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción al punto 4 del artículo 65 de la Ley de la Función Pública de Galicia, con la que, entre otras cosas, se corrigen una serie de imprecisiones existentes en dicho artículo. De conformidad con esta, las personas funcionarias que **cesen** en un puesto de trabajo sin obtener otro por los sistemas de provisión previstos en el artículo 29 de esta ley quedarán a disposición de la persona titular de la consellería, que procederá a su adscripción provisional a un puesto de trabajo correspondiente a su cuerpo y/o escala en la misma localidad que la del puesto que venían desempeñando con carácter definitivo. Se les garantizarán, en todo caso, las retribuciones que les correspondan por su grado personal consolidado y un complemento específico no inferior en más de dos niveles al de dicho grado. La consellería competente en materia de función pública autorizará esta adscripción cuando implique cambio de consellería o de localidad, con la conformidad, en este último caso, del personal funcionario afectado.

Con esta nueva redacción desaparece la previsión de atribuir el desempeño de un puesto provisional correspondiente al cuerpo o escala, dentro de la misma localidad, no inferior en más de dos niveles al del grado personal, en tanto no se obtenga otro con carácter definitivo, con efectos del día siguiente a la fecha del cese y de acuerdo con el procedimiento que fije la consellería competente en materia de función pública. Lo que se garantiza

con la nueva redacción es la adscripción provisional a un puesto de trabajo así como las retribuciones que correspondan por el grado personal consolidado y el complemento específico no inferior en más de dos niveles al de dicho grado.

El artículo 65.4 continúa señalando que, sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo de este punto 4, quien cese en un puesto provisto por libre designación o por alteración del contenido o supresión de su puesto definitivo en la relación de puestos de trabajo, mientras no obtenga otro puesto con carácter definitivo, y durante un plazo máximo de tres meses, percibirá, en todo caso, las retribuciones complementarias correspondientes al puesto que venía desempeñando con carácter definitivo. En la nueva redacción hay que destacar la exigencia del carácter definitivo del puesto.

Otra novedad de esta nueva redacción del artículo 65.4 es la relativa a que el personal funcionario que se encuentre a disposición de la persona titular de la consellería o adscrito provisionalmente a un puesto de trabajo está obligado a participar en los concursos de provisión que se convoquen para puestos adecuados a su cuerpo y/o escala y a solicitar, a su elección, todos los puestos situados en la localidad de la del puesto que hubiese ocupado con carácter definitivo, o bien en la localidad donde hubiese estado adscrito provisionalmente. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este párrafo determinará la declaración de la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

En los concursos de traslados se computará el período de tiempo en esta situación, en su caso, como si se desempeñase un puesto inferior en dos niveles al del grado personal consolidado, desde el día siguiente al del cese del puesto que hubiese ocupado con carácter definitivo y de acuerdo con lo que dispongan las bases de la convocatoria.

El tiempo de permanencia en la situación de **servicios especiales** será computado, a efectos de consolidación del grado personal, como prestado en el último puesto desempeñado en situación de servicio activo o en el que posteriormente se hubiese obtenido por concurso.

El artículo 55 de la Ley de la Función Pública, relativo a la situación de servicios especiales, incluye en el apartado 4 una referencia a que la Administración pública velará para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional del personal funcionario público que fuera nombrado alto cargo, miembro del poder judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que fuera elegido alcaldesa o alcalde, retribuido y con dedicación exclusiva, presidenta o presidente de diputaciones o instituciones equivalentes, diputada, diputado, senador o senadora de las Cortes Generales y miembro de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Como mínimo, este personal funcionario recibirá



el mismo tratamiento en la consolidación del grado y en el conjunto de complementos que el que se establezca para el que fuera directora o director general y otros cargos equivalentes o superiores de la correspondiente Administración pública.

Por su parte, la disposición adicional décimo séptima, en la nueva redacción dada por la modificación efectuada por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, recoge que el personal funcionario de carrera que, a partir de la entrada en vigor del Estatuto de autonomía de Galicia, desempeñe o hubiese desempeñado durante más de dos años continuados, o tres con interrupción, cargos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de incompatibilidades de altos cargos de la Administración autonómica, exceptuados los de personal eventual, salvo las personas que ocupen las jefaturas de gabinete del presidente y de los miembros del Consello de la Xunta de Galicia, percibirá desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantenga esta situación el complemento de destino correspondiente al puesto de trabajo que desempeñe o, en su caso, al de su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino o concepto equivalente que la Ley de presupuestos generales del Estado fije para las directoras y los directores generales. La suma de ambos conceptos no podrá ser inferior al importe del complemento de destino que perciban las personas funcionarias que acrediten el nivel máximo establecido legalmente.

El artículo 13.6 de la Ley de la Función Pública señala que le corresponde al Consello de la Xunta determinar los **intervalos de los niveles de puestos de trabajo** que corresponderán a los cuerpos o escalas del personal funcionario. Como ya se ha señalado, los grados superiores de los cuerpos o escalas podrán coincidir con los inferiores en el cuerpo o escala inmediatamente superior. Tal y como establece el artículo 19 del Reglamento, los intervalos de niveles de puestos de trabajo que correspondan a cada cuerpo o escala, de acuerdo con el grupo en que se encuentran clasificados, serán los siguientes:

Cuerpos o escalas	Nivel mínimo	Nivel máximo
Grupo A	20	30
Grupo B	16	28
Grupo C	14	25
Grupo D	12	20
Grupo E	10	14

En ningún caso los funcionarios podrán desempeñar puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al grupo en el que figura clasificado su cuerpo o escala.

De conformidad con el artículo 67 de la Ley de la Función Pública de Galicia, se pueden adquirir grados superiores también mediante la

**superación de cursos de formación** u otros requisitos objetivos que determine la Xunta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.11, en el que se establece que se fundarán exclusivamente en criterios de mérito y capacidad.

### **Evaluación del desempeño**

Finalmente, señalar que el artículo 68 de la Ley de la Función Pública de Galicia dispone que la Administración pública gallega establecerá sistemas que permitan la **evaluación del desempeño** de sus empleadas y empleados, y determinará sus efectos en la carrera profesional, en la formación, en la provisión de puestos de trabajo, y en la percepción de las retribuciones complementarias correspondientes.

La evaluación del desempeño es el procedimiento a través del cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de las empleadas y empleados públicos.

La Administración pública gallega determinará los efectos de la evaluación en la carrera profesional, en la formación, en la provisión de puestos de trabajo, y en la percepción de las retribuciones complementarias correspondientes.

La Xunta de Galicia articulará un sistema que, entre otros factores, tendrá en cuenta necesariamente:

- a) El grado de satisfacción de la ciudadanía respecto a los servicios que se le presten.
- b) La buena gestión y organización de la estructura administrativa, para lo cual promoverá la utilización por parte del personal directivo de los datos derivados de la gestión para la toma de decisiones.
- c) La implicación en procesos innovadores y de buenas prácticas en pos de la excelencia.
- d) La normalización y la racionalización de procesos.
- e) El grado de cumplimiento del Plan de normalización lingüística.

Se nombrará una comisión de evaluación del desempeño, cuya composición y funcionamiento se regularán por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería competente en materia de función pública. Podrá nombrarse más de una comisión de evaluación del desempeño cuando así se considere necesario.



Los efectos de la evaluación del desempeño en el régimen retributivo se recogen en el artículo 69, que dispone en relación con el complemento de productividad (que es el destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria, el interés o la iniciativa con que la persona funcionaria desempeñe su trabajo) que su asignación se realizará conforme a criterios objetivos establecidos reglamentariamente con la necesaria información y participación de las personas representantes del personal. Para ello se tendrá especialmente en consideración la calificación emitida por la Comisión de evaluación del desempeño respecto a la unidad administrativa de que se trate.

### **Personal laboral**

En relación con el **personal laboral**, el **V Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia** regula, en su artículo 9, el turno de promoción interna y cambio de categoría, señalando que en las convocatorias de acceso se reservarán un mínimo del 50 % de las vacantes ofertadas para cubrir por el turno de promoción interna. En este punto, el IV Convenio Colectivo Único añadía que en aquellas categorías en las que se ofertase una única vacante, se reservaría la promoción interna. El V Convenio Colectivo Único señala a continuación que la Administración adoptará las medidas necesarias para promover la composición equilibrada entre sexos en el personal laboral.

Los requisitos para participar en este turno son:

- Poseer, por lo menos, dos años de antigüedad *como personal laboral fijo de la Xunta de Galicia* en la categoría desde la que se accede, *en el caso de personal fijo discontinuo los períodos de suspensión del contrato se contarán como antigüedad para estos efectos* (lo señalado en cursiva supone una novedad en la redacción del V Convenio Colectivo Único);
- y los demás que, con carácter general, se fijen en la correspondiente convocatoria.

En este punto, el IV Convenio Colectivo Único añadía como requisito pertenecer a una categoría integrada en el grupo inmediatamente superior o inferior al que se pretendía acceder, para el supuesto de promoción interna vertical, o en el mismo grupo para la promoción interna horizontal.

El V Convenio Colectivo Único prevé la realización de convocatorias distintas y separadas y la exención de alguna de las pruebas previstas para el turno libre. Las vacantes no cubiertas por este turno se acumularán al turno de acceso libre.

De acuerdo con la disposición adicional quinta del V Convenio Colectivo Único, a los/as trabajadores/as fijos/as que a la entrada en vigor del primer

convenio único prestasen servicio en la Xunta de Galicia no se les podrá exigir título académico para su promoción profesional, excepto para su ascenso a los grupos I e II y *para el acceso a aquellas categorías que tengan una titulación reglada específica o habilitante* (lo señalado en cursiva supone una novedad en la redacción del V Convenio Colectivo Único).

En este punto, el IV Convenio Colectivo Único añadía que, asimismo, en el caso de poseer la titulación exigida para el desempeño de un determinado puesto de trabajo, la promoción interna se podría realizar con independencia de la pertenencia o no a los grupos inmediatamente superior o inferior.

La disposición adicional octava del V Convenio Colectivo Único prevé que la participación en la fase de promoción interna podrá realizarse con independencia de la pertenencia o no a los grupos inmediatamente superior o inferior, y que la convocatoria se negociará expresamente con las organizaciones sindicales.

Este punto hay que ponerlo en relación con el artículo 9 (relativo a los requisitos exigidos para participar en este turno), ya que esta disposición adicional suponía una excepción al requisito exigido en el IV Convenio Colectivo Único de pertenecer a una categoría integrada en el grupo inmediatamente superior o inferior al que se pretende acceder, para el supuesto de promoción interna vertical, o en el mismo grupo para la promoción interna horizontal.

Hay que tener en cuenta también que la Ley de la Función Pública de Galicia, previa modificación efectuada por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, cuenta con una nueva disposición adicional, la vigésimo primera, que prevé que el personal laboral fijo que esté desempeñando puestos de trabajo o realice funciones de personal funcionario, y que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo que serán aprobadas por el Consello de la Xunta, previa valoración, clasificación y determinación, será objeto del correspondiente proceso selectivo de promoción interna, convocado de forma independiente a los procesos selectivos de libre concurrencia en aquellos cuerpos de la Administración de la Xunta de Galicia a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñen.

Este personal deberá poseer la titulación necesaria y reunir los restantes requisitos exigidos. A estos efectos se valorarán como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

Al personal que supere este proceso selectivo se le adjudicará destino en el mismo puesto que venía desempeñando con carácter definitivo, y adquirirá la condición de personal funcionario de carrera.

#### **2.4. Derecho a participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas que hay que desarrollar.**

Este derecho está previsto en los términos señalados en el artículo 14 del Estatuto Básico, norma que deroga expresamente el artículo 64 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que disponía que, al incorporarse a su puesto de trabajo, los funcionarios serán informados por sus jefes inmediatos de los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente, y en especial de su dependencia jerárquica y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que les atañen.

#### **2.5. Derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.**

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, dispone en su artículo 43 que los letrados de la Xunta de Galicia asumirán, en los términos previstos en ese capítulo, la asistencia, representación y defensa de los funcionarios, autoridades o personal al servicio de la Administración o entes asistidos cuando los mismos puedan ser parte en procedimientos ante cualquier orden jurisdiccional, cualquiera que sea su posición procesal y siempre que dicho procedimiento se suscite en virtud de actos u omisiones en el ejercicio legítimo de su función o cuando hayan cumplido orden de la autoridad competente.

#### **2.6. Derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral.**

Hay que destacar en este punto que en los permisos por parto y por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, regulados por el actual artículo 76 de la Ley de la Función Pública de Galicia, en la redacción de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, tras la modificación efectuada por la Ley 13/2007, de 27 de julio, se prevé que durante el disfrute de dichos permisos se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

La Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, añade un artículo 37 *bis* a la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres. En este artículo 37 *bis* se regulan las

acciones positivas en las actividades formativas, recogiendo que en los cursos, en las jornadas o en otras actividades formativas organizadas o financiadas por la Administración pública gallega se reservará un cincuenta por ciento de las plazas para mujeres que reúnan los requisitos exigidos en la convocatoria, que accederán al turno reservado sólo si no hubiese suficientes solicitudes de participación de mujeres.

### **2.7. Derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.**

La Constitución española, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, señala en su artículo 18 que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El artículo 14 del Estatuto Básico recoge este derecho, y asimismo esta norma deroga expresamente el artículo 63 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que preveía que el Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos, y les otorgará los tratamientos y consideración sociales debidos a su jerarquía y a la dignidad de la función pública. Este artículo 63 continuaba señalando que los funcionarios tendrían derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

La Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, dedica el Capítulo IV del Título II (las condiciones de empleo en la Administración pública gallega) a las medidas de prevención y de sanción del acoso sexual. Y el Capítulo V recoge la erradicación del acoso moral por razón de género.

### **2.8. Derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.**

El artículo 14 de la Constitución española inicia el Capítulo II del Título I, dedicado a los derechos y libertades, señalando que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social.

### **2.9. Derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.**

El Estatuto Básico prevé en este sentido en el artículo 49 una serie de permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (permiso por parto, permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, y permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria).

Por su parte, la Ley de la Función Pública de Galicia recoge en su artículo 76 permisos similares, y añade en su apartado 2 que se podrá conceder permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal o por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

Asimismo, la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, regula en su artículo 38 la promoción del ejercicio de los derechos de conciliación, señalando que cuando las pruebas de promoción interna comprendan la valoración de méritos de los candidatos y candidatas se establecerá a favor de los mismos que, sean mujeres o sean hombres, estén utilizando o hubieran utilizado, en los últimos cinco años, una licencia de maternidad, un permiso de paternidad, una reducción de jornada o una excedencia para el cuidado de familiares, una puntuación específica que se graduará en función del tiempo utilizado en el ejercicio de esos derechos.

Y, dentro de su Título II (las condiciones de empleo en la Administración pública gallega), el Capítulo III de la Ley 7/2004 se dedica a los derechos de conciliación del empleo y de la vida familiar. En el artículo 41 dispone que la Administración pública gallega garantizará el ejercicio por el personal a su servicio de los derechos de conciliación reconocidos en la normativa aplicable, incluidas las mejoras reconocidas en los artículos siguientes, y a estos efectos se realizarán campañas de concienciación tendentes a la valoración positiva del personal a su servicio que ejercite esos derechos de conciliación.

## **2.10. Derecho a la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico.**

El artículo 20 de la Constitución española, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, establece que se reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

## **2.11. Derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.**

Además de la previsión del Estatuto Básico, el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz 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. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las administraciones públicas respecto al 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, en los términos previstos en la presente ley, forman parte de los derechos de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

#### **2.12. Derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias.**

Este derecho se regula en un punto específico del tema.

#### **2.13. Derecho a la libre asociación profesional.**

El artículo 22 de la Constitución española, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, dedicado a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, señala que *“se reconoce el derecho de asociación. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”*.

### **3. Derechos colectivos**

Además de los derechos individuales de los funcionarios, existen también los derechos colectivos, que son los que le corresponden como miembro de un colectivo. Estos derechos, siguiendo el artículo 15 del Estatuto Básico, y de conformidad con la regulación de la Ley de la Función Pública de Galicia, son los siguientes:

#### **3.1. Derecho a la libertad sindical.**

El artículo 28.1 de la Constitución española, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, establece que *“todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los*



*funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.*

El artículo 103.3 del texto constitucional dispone que *“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, [...] las peculiaridades del ejercicio de su derecho a la sindicación [...]”*.

Para estudiar este derecho hay que acudir a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que establece en su artículo 1 que todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. A los efectos de esta ley, se considerarán trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas. Esta ley orgánica, además de regular la libertad sindical, recoge el régimen jurídico sindical, la representatividad sindical, la acción sindical, la tutela de la libertad sindical y la represión de las conductas antisindicales.

### **3.2. Derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.**

La Constitución española, dentro de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos, dispone en su artículo 37 que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*.

La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en su disposición adicional segunda, fijó un plazo de un año para que, en desarrollo de lo previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, el Gobierno remitiese a las Cortes un proyecto de ley en el que se regulasen los órganos de representación de los funcionarios de las administraciones públicas. En virtud de lo cual se dictó la Ley 9/1987, de 12 de junio. Regulado ya el derecho a la libertad sindical por la Ley Orgánica 11/1985, la Ley 9/1987 trataba otros aspectos derivados del derecho reconocido a los funcionarios públicos y que hacían referencia a sus propios órganos de representación (delegados de personal y juntas de personal), así como a la negociación colectiva, a la determinación de sus condiciones de trabajo y a la participación del personal al servicio de las administraciones públicas, regulando las mesas de negociación.

El Estatuto Básico deroga la Ley 9/1987 en su totalidad, excepto el artículo 7, y con la excepción prevista en la disposición transitoria quinta del Estatuto Básico, que se refiere al procedimiento electoral. Dentro del Título

III, el Capítulo IV (aplicable desde su entrada en vigor), el Estatuto Básico regula el derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional, junto con el derecho de reunión.

Tal como se señala en el libro *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, de la Editorial Lex Nova, “todo el personal de las distintas administraciones públicas (laboral y funcionarial), con las excepciones de los jueces, magistrados y fiscales, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (excepto los Cuerpos de la Policía Local) tienen hoy reconocido el derecho de negociación colectiva. El fundamento constitucional y legal del derecho de negociación colectiva del personal laboral y funcionarial es, sin embargo, muy distinto. Mientras el derecho de negociación colectiva del personal laboral tiene su fundamento en el artículo 37.1 de la Constitución española y en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de negociación colectiva del personal funcionarial, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [...] es un «derecho de configuración legal», teniendo su base antes en la LORAP (la Ley 9/1987) y ahora en el EBEP, si bien una vez reconocido legalmente formará parte del «contenido adicional» del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, permitiendo su tutela por la vía del recurso de amparo [...]. Precisamente por su configuración legal la jurisprudencia constitucional [...] y ordinaria [...] negaron la posibilidad de una negociación colectiva fuera de la prevista expresamente en la Ley, análoga a la «negociación colectiva extraestatutaria» del sector personal.”

Por su parte, el artículo 13 de la Ley de la Función Pública de Galicia señala que le corresponde al Consello de la Xunta de Galicia determinar las instrucciones a las que deberán atenerse los representantes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia en la negociación con la representación sindical del personal funcionario público de sus condiciones de trabajo, así como darles validez y eficacia a los acuerdos conseguidos mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de trabajo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación.

### **3.3. Derecho al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.**

El artículo 28.2 de la Constitución española, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, establece que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.



A diferencia de la libertad sindical, que se reguló a través de una ley orgánica, el derecho de huelga se regula a través de un real decreto-ley, en concreto, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Como ya se relata en su exposición de motivos, inicialmente el Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, supuso una etapa importante en la evolución histórica de la legislación laboral, en cuanto que consagró la legitimidad del derecho a la huelga, siempre que se hubiesen observado los requisitos de fondo y de forma que el propio texto legal contenía. La dinámica social y los cambios políticos pusieron de manifiesto la necesidad de relevo de esas normas por otras en las que quedase consagrada la huelga como derecho, se aligerase el procedimiento para su ejercicio y se fijasen sus límites en las fronteras que marcase la salvaguarda de los intereses superiores de la comunidad. Así es como se llegó al Real Decreto-Ley 17/1977. No hay que olvidar que este Real Decreto-Ley 17/1977 es preconstitucional. Interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra él, el Tribunal Constitucional lo estimó parcialmente en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, que hay que tener por tanto en cuenta al estudiar este derecho.

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece en su artículo 4, dentro de los derechos laborales de los trabajadores, lo de la huelga.

El artículo 28.2 de la Constitución española no hace referencia explícita a la huelga en el caso de funcionarios públicos. La permisividad parece recogerse en la propia Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que establecía en su disposición adicional décimo segunda (derogada por el Estatuto Básico) que los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hubiesen permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

El Estatuto Básico, en su artículo 30, recoge esta misma previsión. En correspondencia con esto, el artículo 77 de la Ley de la Función Pública de Galicia dispone que las personas funcionarias que ejerciten el derecho de huelga no tendrán derecho a percibir ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo que permanezcan en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

El Real Decreto-Ley 17/1977 señala en su artículo 4 que, cuando la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos, el

preaviso del comienzo de la huelga al empresario y a la autoridad laboral habrá de ser, por lo menos, de diez días naturales.

El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, excepto que el trabajador, durante la misma, hubiese incurrido en falta laboral. Durante la huelga el trabajador no tendrá derecho al salario (artículo 6 del Real Decreto-Ley 17/1977).

Se consideran faltas muy graves la participación en huelgas por quien lo tenga expresamente prohibido por la ley, el incumplimiento de los deberes de atender los servicios esenciales en caso de huelga, y también la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho a la huelga (artículo 3 del Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia).

### **3.4. Derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo,** de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.

El artículo 37 de la Constitución española, dentro de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, dedicado a los derechos y deberes de los ciudadanos, recoge que *“se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para que se asegure el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”*.

En este apartado, hay que destacar que el artículo 40.2 del Estatuto Básico dispone que las juntas de personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros, y, en su caso, los delegados de personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones.

Por otra parte, el artículo 45 del mismo texto legal regula la solución extrajudicial de conflictos colectivos, a través de los procedimientos de mediación y arbitraje.

En relación con este punto, el libro *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, de la Editorial Lex Nova, indica que *“parecía oportuno avanzar en la introducción de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos de trabajo para los funcionarios públicos y aproximarse a la legislación laboral, mucho más avanzada en este punto. En este sentido, el artículo 45 del EBEP, aceptando las sugerencias del Informe de la Comisión de Expertos, viene a establecer dos procedimientos extrajudiciales distintos para la solución de conflictos colectivos:*

1º) En primer lugar, se recuerda que en los conflictos jurídicos de aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos colectivos podrán intervenir, si las partes negociadoras les atribuyeran esta facultad, las comisiones paritarias de seguimiento (artículo 45.1).

2º) En segundo lugar, el EBEP prevé la posibilidad de que las administraciones públicas y las organizaciones sindicales acuerden la creación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos (artículo 45.1) que se ajusten a los siguientes criterios generales:

a) Podrán pactarse dos tipos de procedimiento (artículo 45.3):

- Bien una mediación obligatoria (cuando lo solicite una de las partes), si bien las propuestas de solución del mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las partes.
- Bien un arbitraje voluntario, aunque comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido del laudo arbitral.

b) El ámbito objetivo de estos procedimientos extrajudiciales abarcará tanto los conflictos de intereses («los derivados de la negociación») como los conflictos jurídicos («los derivados de la aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos»). En todo caso, la Ley establece una lógica excepción para los conflictos de intereses y jurídicos derivados de la negociación de aquellas materias en las que exista «reserva de ley» (artículo 45.2)."

### **3.5. Derecho de reunión.**

El artículo 21 de la Constitución española, dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.

Este derecho se regulaba en el capítulo V de la Ley 9/1987, hoy derogada.

De acuerdo con el artículo 46 del Estatuto Básico, están legitimados para convocar una reunión, además de las organizaciones sindicales, directamente o a través de los delegados sindicales, los delegados de personal, las juntas de personal, los comités de empresa, y los empleados públicos de las administraciones respectivas en número no inferior al cuarenta por ciento del colectivo convocado.

Las reuniones en el centro de trabajo se autorizarán fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente en materia de personal y quien esté legitimado para convocar las reuniones.

La realización de la reunión no perjudicará la prestación de los servicios y sus convocantes serán responsables del normal desarrollo de la misma.

En relación con este punto, el libro *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, de la Editorial Lex Nova, señala que "el EBEP,

*con buen criterio, aceptando las sugerencias del Informe de la Comisión de Expertos, optó por unificar el régimen jurídico del derecho de reunión de ambos tipos de personal en su artículo 46, inclinándose por aplicar a todos los empleados públicos el régimen funcionarial y no el laboral, por su modernidad y por estar pensado más para las administraciones públicas que el del Estatuto de los Trabajadores."*

La regulación del artículo 46 del Estatuto Básico no es tan minuciosa como la de la normativa anterior. Así, tal como se indica en el libro señalado en el párrafo anterior, *"se da «cancha» a las legislaciones inferiores de desarrollo del EBEP y a la negociación colectiva en esta materia"*.

## **2. JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES**

El Estatuto Básico regula en el Capítulo V (aplicable desde su entrada en vigor) del Título III el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones.

A nivel autonómico, el Capítulo V del Título V de la Ley de la Función Pública de Galicia regula las licencias, vacaciones y permisos.

### **2.1. Jornada de trabajo**

El artículo 47 del **Estatuto Básico** dispone que las administraciones públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial.

A lo largo de este Capítulo V se prevén posibilidades de reducción de la jornada, como en los casos de permisos por lactancia, custodia legal, cuidado de un familiar de primer grado por razones de enfermedad, por violencia de género sobre la mujer funcionaria, o por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave (hay que recordar que este último permiso citado fue introducido en la modificación efectuada en el Estatuto Básico por la Disposición Final Vigésimo Tercera de la Ley 39/2010 ).

Hay que tener en cuenta la previsión del Estatuto Básico relativa a que uno de los factores a los que hay que atender para establecer la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios son los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo (artículo 24).

Asimismo, el artículo 30 dispone que, sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador.

## **2.2. Vacaciones**

Por lo que respecta a las vacaciones, el artículo 50 del **Estatuto Básico** señala que los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor. A estos efectos, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.

El artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que regulaba las vacaciones, fue derogado expresamente por el mismo. Sin embargo, se mantiene vigente hasta que se apruebe la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, en tanto no se oponga al Estatuto Básico, de conformidad con la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, ya citada. De acuerdo con este artículo, todos los funcionarios tendrán derecho, por año completo de servicios, a disfrutar de una vacación retribuida de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales, o a los días que corresponda proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos.

Sigue también vigente el artículo 68.2, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, por lo que, en consecuencia, tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, incluso un total de veintiséis días hábiles por año natural.

A nivel autonómico, se regula en el artículo 75 de la **Ley de la Función Pública de Galicia**, que dispone que el personal funcionario tendrá derecho, por año completo de servicios, a disfrutar de vacaciones retribuidas de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales o de los días que correspondan proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos.

Asimismo, tendrá derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, a lo que le añadirá un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de veintiséis días hábiles por año natural.

Este derecho se hará efectivo a partir del año natural siguiente al del cumplimiento de los años de servicio señalados en el párrafo anterior.

A los efectos previstos en este artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.

En caso de que el período de vacaciones coincida con el permiso previsto en el número 4 del artículo 76, la persona interesada tendrá derecho a la fijación de un período alternativo.

El calendario de vacaciones se elaborará anualmente, atendiendo a las necesidades de los servicios, oídos los órganos de representación de las personas funcionarias.

Se reconoce el derecho a la elección del período de vacaciones a favor de las mujeres gestantes y la preferencia de elección de mujeres y hombres con hijas o hijos menores de doce años o mayores dependientes a su cuidado.

Los permisos de maternidad, paternidad y lactancia, así como los períodos de incapacidad temporal derivados del embarazo, se podrán acumular al período de vacaciones, incluso después del final del año natural a que aquellas correspondan.

### **2.3. Permisos**

Para el estudio de los permisos en el Estatuto Básico hay que acudir a los artículos 48 y 49 (este último modificado, como ya se ha señalado, por la Disposición Final Vigésimo Tercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011). Por su parte, la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, ya citada, hace también referencia a los permisos y vacaciones, señalando las novedades introducidas por el Estatuto Básico.

En cuanto a la normativa autonómica, el artículo 76 de la Ley de la Función Pública de Galicia regula los siguientes permisos:

- o Por **fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad**: tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en localidad distinta.  
Cuando se trate del **fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad**: dos días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cuatro días hábiles cuando sea en localidad distinta.
- o **Por traslado de domicilio sin cambio de residencia**: un día en la misma localidad y dos días si hay cambio de localidad. Si la unidad familiar está compuesta por dos o más miembros, el permiso será de dos días sin cambio de localidad y de cuatro si existe cambio.





- o **Para realizar funciones sindicales, de formación sindical o de representación del personal**, en los términos legalmente establecidos.

En este apartado la Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, que recoge el Manual de Procedimientos de Gestión de Recursos Humanos en materia de vacaciones, permisos y licencias, comisiones de servicios y reingresos al servicio activo, distingue estas modalidades: permisos para realizar funciones sindicales de carácter permanente en las estructuras del propio sindicato relacionadas con la Administración del Estado, permisos para realizar funciones sindicales de carácter permanente en el propio centro de trabajo o de representación de personal, y permisos para realizar actividades de formación sindical o funciones sindicales o representativas de carácter ocasional, no especificadas en la ley.

- o **Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud**: durante los días de su realización.

Siguiendo la Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, los exámenes y pruebas deben tener lugar en centros oficiales. Asimismo, indica que en el caso de exámenes que se realicen, necesariamente y no por opción del funcionario, fuera de su localidad de destino, el permiso puede extenderse al tiempo de realización del examen, agregando el necesario para el desplazamiento al lugar del examen. Añade que, si los exámenes se celebran en la misma localidad y en día inhábil o fuera del horario de trabajo del funcionario solicitante, no resulta procedente la concesión del permiso.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1996, la finalidad de la norma no es reconocer un día entero.

- o **Permiso por lactancia de una hija o hijo menor de doce meses**: La funcionaria con una hija o un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo. Este período de tiempo podrá dividirse en dos fracciones o sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o bien en una hora al inicio o al final de la jornada. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por las personas progenitoras, en caso de que ambas trabajen.

Igualmente, podrá sustituirse el tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente o bien por un crédito de horas, pudiéndose aprovechar, en ambos casos, en cualquier momento, después del disfrute del permiso de maternidad.

La cantidad de horas incluidas en el crédito será el resultado de contabilizar el total de horas a las que se tendría derecho si se dispusiese del permiso de lactancia en su modalidad de una hora de ausencia.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.



En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho se computará durante el primer año desde la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento.

- o **Por nacimiento de hijas e hijos prematuros o que por cualquiera otra causa deban permanecer en el hospital a continuación del parto:** la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias y percibirá las retribuciones íntegras.
- o **Por razones de custodia legal,** cuando el personal funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de un tercio o un medio de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional de sus retribuciones.  
Tendrá el mismo derecho el personal funcionario que necesite encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no se pueda valer por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.
- o Las **funcionarias embarazadas** tendrán derecho a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes **prenatales y técnicas de preparación al parto**, por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de la necesidad de realizarlos dentro de la jornada de trabajo.
- o El personal funcionario tendrá derecho a un permiso retribuido para **tratamientos de fecundación asistida** por el tiempo necesario para su práctica, con aviso previo y justificación de la necesidad de realizarlo dentro de la jornada de trabajo. Si fuese necesario el desplazamiento, el permiso será de dos días.
- o Para **acompañar a su cónyuge o pareja en análoga relación de afectividad a tratamientos de fecundación asistida, a exámenes prenatales y a técnicas de preparación al parto**, el personal funcionario tendrá derecho a un permiso retribuido en idénticos términos y condiciones de ejercicio que los previstos para estos permisos.
- o En los supuestos de **accidente o enfermedad muy grave de la o del cónyuge, pareja en análoga relación de afectividad, familiares en primer grado, personas acogidas o familiares que convivan en la misma casa, y para atender a su cuidado**, el personal funcionario tendrá derecho a un permiso retribuido con una duración máxima de treinta días naturales. Cada accidente o enfermedad generará un único permiso, que, dentro de la duración máxima de treinta días, se podrá utilizar de manera separada o acumulada.
- o Por ser preciso **atender el cuidado de un familiar de primer grado**, el personal funcionario tendrá derecho a solicitar una **reducción de hasta el 50 % de la jornada laboral**, con carácter





retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes, prorrogable en circunstancias excepcionales y atendiendo a la extrema gravedad de la enfermedad padecida, hasta un período máximo de dos meses.

Si hubiese más de una persona titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá ratear entre ellas, respetando en todo caso el plazo máximo de un mes o, en su caso, el de dos meses.

- o El personal funcionario tendrá **derecho a ausentarse para acompañar a las revisiones médicas a las hijas y a los hijos y a las personas mayores a su cargo** por el tiempo necesario, con aviso previo y justificación de la necesidad de realización dentro de la jornada de trabajo.
- o Se podrá conceder permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un **deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral**.

La Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, establece que se entiende por deber inexcusable la obligación que le atañe a una persona cuyo cumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa. Deben incluirse también los deberes de carácter cívico como la participación en procesos electorales y el ejercicio del derecho de sufragio. Ante el carácter potestativo que la norma señala para la concesión de este permiso, se indica que, si existe una norma que imponga un deber inexcusable y este no se puede cumplir fuera del horario de trabajo, la Administración, previa justificación de estos extremos por el interesado, concederá el permiso por el tiempo indispensable.

Se puede citar como ejemplo de deber inexcusable la pertenencia a un jurado o la comparecencia en un proceso en calidad de testigo o perito.

Ante el concepto jurídico indeterminado de “deber inexcusable de carácter público o personal”, en algunas administraciones públicas se está optando por la enumeración de supuestos. En este sentido, se puede citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2002, que declara conforme a derecho la enumeración de los supuestos considerados como deber inexcusable realizada por un ayuntamiento, señalando que, puesto que el punto 2 del artículo 30 de la Ley 30/1984 (la norma en ese momento vigente) no menciona casos específicos a los que aplicar tal permiso, debe entenderse que el ayuntamiento está poniendo en conocimiento de los funcionarios aquellos supuestos en que lo concederá exponiendo un criterio sólo aplicable a los funcionarios del mismo que no vulnera norma alguna porque no se han definido cuales deben ser tales deberes.

- o Se podrá disponer de hasta **nueve días al año**, como máximo, de **permiso para asuntos personales sin justificación**, atendiendo



siempre a las necesidades del servicio. Asimismo, se tendrá derecho al disfrute de ***dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, que se incrementará en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.***

La Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, establece que la autorización para disfrutar el permiso está siempre subordinada a las necesidades del servicio, pero no es preciso alegar razones para solicitarlo ni presentar justificación. Estos días no pueden acumularse a las vacaciones anuales retribuidas, de suerte que no se puede autorizar un día de permiso coincidiendo con un viernes si el inicio de las vacaciones anuales comienza el lunes siguiente. Igualmente, entre la finalización del período de vacaciones y el disfrute de este permiso debe mediar algún día hábil. Los días festivos no rompen la continuidad.

- o En el supuesto de ***parto***, la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad de la hija o hijo, y por cada hija o hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a elección de la funcionaria, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En el caso de fallecimiento de la madre, la otra persona progenitora podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

A pesar de lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque la otra persona progenitora 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. La otra persona progenitora podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de disfrute simultáneo de los períodos de descanso, la suma de estos no podrá exceder las dieciséis semanas o las que correspondan en el caso de discapacidad de la hija o hijo o de parto múltiple.

Este permiso podrá disfrutarse la jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, la neonata o neonato deba permanecer en el hospital después del parto, este permiso se ampliará en tantos días como la neonata o neonato permanezca en el hospital, con un máximo de trece semanas adicionales.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

- o En los supuestos de **adopción o acogimiento**, tanto preadoptivo como permanente o simple, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más en el supuesto de discapacidad de la o del menor adoptado o acogido y por cada hija o hijo, a partir de la o del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo del plazo se contará a elección de la persona funcionaria, a partir de la decisión administrativa o judicial del acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que un mismo menor pueda dar, en ningún caso, derecho a varios períodos de disfrute de este permiso.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a elección de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de ellos no podrá exceder las dieciséis semanas o las que correspondan en el caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad de la o del menor en adopción o en acogida.

Este permiso podrá disfrutarse la jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y en los términos que reglamentariamente se determinen.

Si fuese necesario el desplazamiento previo de las personas progenitoras al país de origen de la o del menor en adopción o acogida, en los casos de **adopción o acogimiento internacional**, se tendrá derecho además a un permiso de hasta tres meses de duración, y durante este período se percibirán exclusivamente las retribuciones básicas, pudiendo disfrutarse de ellas de forma fraccionada, siempre que no se superen los tres meses.

Con independencia de este permiso de hasta tres meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto previsto en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple previstos en este artículo, serán los que así se establezcan en la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de Galicia, y el acogimiento simple deberá tener una duración no inferior a un año.

El Decreto 158/2004, de 7 de julio, desarrollaba el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el antiguo artículo 70.4 de la Ley 4/1988. Aunque este apartado del artículo 70, tras la modificación efectuada por la Ley 13/2007, de 27 de julio, recogía más supuestos, en el momento de dictarse el Decreto 158/2004 sólo se refería a los



permisos por parto y por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente.

- o **Permiso por paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de una hija o hijo:** tendrá una duración de veintinueve días naturales, que disfrutará el padre funcionario a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. En el caso de parto, acogimiento o adopción múltiple, el permiso será de treinta y cinco días naturales.

En los supuestos de adopción o acogimiento, si ambas personas progenitoras fuesen personal al servicio de la Administración pública gallega, el permiso se podrá distribuir a elección de la parte interesada, que podrá disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos, respetando en todo caso el plazo de duración.

Este permiso es independiente del disfrute compartido de los dos permisos anteriores (el de parto y el de adopción o acogimiento).

La madre podrá disfrutar de este permiso de paternidad después de los permisos previstos en los dos apartados anteriores (el de parto y el de adopción o acogimiento), en los siguientes supuestos:

- Cuando el padre falleciese antes de la utilización íntegra de este permiso.
- Si la filiación paterna no estuviese determinada.
- Cuando las personas progenitoras no estuviesen casadas ni estuviesen unidas de hecho en análoga relación de afectividad.
- Cuando en resolución judicial dictada en proceso de nulidad, separación o divorcio, iniciado antes de la utilización del permiso, se le reconociese a la madre la custodia de la hija o del hijo que acaba de nacer.

En el supuesto de matrimonio de mujeres o de uniones de hecho en análoga relación de afectividad, al ser una de ellas la madre biológica, la que no lo sea tendrá derecho al permiso de paternidad en los términos fijados.

Con la modificación de la antigua Ley 4/1988, de 26 de mayo, por la Ley 13/2007, de 27 de julio, se unifica la duración de este permiso de paternidad, que antes era diferente según se tratase de parto o de adopción o acogimiento.

En los supuestos de permiso por parto, por adopción o acogimiento, y por paternidad, el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos del personal funcionario durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de este, si, de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso.



Las personas funcionarias que hiciesen uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción o acogimiento tendrán derecho, en cuanto finalice el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en los términos y en las condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que pudiesen tener derecho durante su ausencia.

- o **Permiso por razón de violencia de género sobre el personal funcionario:** las faltas de asistencia del personal funcionario víctima de violencia de género, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda.

Asimismo, el personal funcionario víctima de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho a la reducción de la jornada con la disminución proporcional de la retribución, 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 le pueda ser aplicable, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El artículo 30 de la Ley 30/1984 (derogado por el Estatuto Básico) incluyó, como consecuencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género, este permiso para los casos de funcionarias víctimas de violencia de género. El antiguo artículo 70 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, tras la modificación efectuada por la Ley 13/2007, de 27 de julio, se refiere en general al personal funcionario.

## 2.4. Licencias

El Capítulo V del Título III del Estatuto Básico no regula las licencias. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado regulaba las licencias en sus artículos 69 y siguientes. De acuerdo con la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, ya citada, dentro de los preceptos de la normativa de la función pública que, al amparo de la disposición final cuarta del Estatuto Básico, continúan vigentes hasta que se apruebe la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, en tanto no se oponga al Estatuto Básico, está el artículo 71 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, sobre licencia de quince días por matrimonio.

Dentro del Capítulo V del Título V de la Ley de la Función Pública de Galicia, en el artículo 74 se regulan las siguientes licencias:



- o **Por matrimonio**, en este caso la persona funcionaria tendrá derecho a una licencia retribuida de quince días naturales ininterrumpidos. De acuerdo con la Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, los quince días de duración de la licencia han de entenderse como días naturales y pueden ser inmediatamente anteriores o posteriores en todo o en parte a aquel en el que se celebre el matrimonio. Su disfrute puede ser continuado o partido, distribuyendo en este caso los quince días en dos períodos, antes y después de la fecha del matrimonio.
- o **Por embarazo**, en las condiciones y duración previstas en la legislación general. Esta licencia se regula como permiso en el artículo 76 de la Ley de la Función Pública de Galicia.
- o **Por asuntos propios**, pudiendo conceder licencia sin retribución de una duración acumulada que no podrá exceder de tres meses cada dos años, subordinándose su concesión a las necesidades del servicio.

La Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, señala respecto a esta licencia que, aunque no existe limitación en cuanto al número mínimo de días que puede abarcar esta licencia, es recomendable su utilización para períodos de tiempo no inferiores a siete días. Los días de duración de la licencia se entienden días naturales. El período de licencia abarca desde el primer día en el que deja de trabajar la persona funcionaria hasta el día en el que se incorpore efectivamente al trabajo.
- o **Por enfermedad**, de acuerdo con el régimen de la Seguridad Social al que pertenezca la persona funcionaria.

En este apartado, la Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, desde una perspectiva procedimental distingue tres supuestos: la enfermedad de duración no superior a tres días (en la que no cabe hablar de procedimiento sino de constatación y justificación de la ausencia al inmediatamente superior), la enfermedad de duración superior a los tres días y no superior a los tres meses (que da lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos, debiendo acreditarse la enfermedad a través del correspondiente parte médico), y enfermedad de duración superior a los tres meses (que da lugar a prórrogas mensuales de las licencias concedidas por tres meses).
- o **Para la realización de estudios sobre materias directamente relacionadas con la Administración pública**, previo informe favorable de la persona jerárquicamente superior. En este caso, la persona funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones básicas y el complemento familiar.

La Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de diciembre de 1992, ya citada, señala en este punto que sólo podrán concederse para realizar estudios directamente relacionados con las funciones y actividades del puesto de trabajo que se ocupa y con el fin de



consolidar, aumentar o actualizar la formación necesaria para un ejercicio más eficaz.

### **3. DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS; CÓDIGO DE CONDUCTA**

En relación con los deberes de los funcionarios, hasta ahora había que acudir a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Sección 1ª del Capítulo VII del Título III). Al tratarse de una norma preconstitucional, parte de sus preceptos fueron derogados tanto por la propia Constitución española como por normas postconstitucionales, como la Ley 30/1984.

Por su parte, el Estatuto Básico regula dentro del Título III, en el Capítulo VI (aplicable desde su entrada en vigor) los deberes de los empleados públicos y el código de conducta.

Tal como se establece en la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, ya citada, el código de conducta, integrado por los deberes, principios éticos y principios de conducta recogidos en los artículos 52, 53 y 54, es de directa aplicación al personal funcionario y al personal laboral. También le es de aplicación directa al personal al servicio de las entidades del sector público estatal.

El artículo 52 del Estatuto Básico (“Deberes de los empleados públicos. Código de conducta.”) señala que los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar de acuerdo con los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el código de conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

Los principios éticos aparecen regulados en el Estatuto Básico, en el artículo 53, y los principios de conducta en el artículo 54.

Tal y como señala el Estatuto Básico en su Exposición de Motivos, por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituyen un auténtico código de conducta. Se incluyen con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo

comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y deberes específicos para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio.

La Ley de la Función Pública de Galicia no dedica ningún apartado específico a regular los deberes de los funcionarios, ni tampoco los reglamentos que la desarrollan. En su artículo 2, dispone que el personal de la Administración de la Comunidad Autónoma desempeñará sus funciones al servicio de los ciudadanos y de los intereses generales de Galicia con criterios de objetividad, profesionalidad e imparcialidad.

Se pueden, asimismo, deducir una serie de deberes de los funcionarios a través de los reglamentos de desarrollo de la Ley de la Función Pública de Galicia, especialmente de la tipificación de faltas que realiza el Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba la legislación de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificado por el Decreto 157/2004, de 7 de julio.

No hay que olvidar, por último, que en el momento en el que se inicia la relación entre la Administración y el funcionario, en el momento en el que este adquiere la condición de funcionario, debe cumplir para adquirir esa condición con una serie de requisitos señalados en el artículo 47 de la Ley de la Función Pública de Galicia, uno de los cuales es *“jurar o prometer fidelidad a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Galicia y obediencia a las leyes, así como desempeñar con imparcialidad el ejercicio de la función pública”*.

Eduarda Varela Castro

Funcionaria del cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- Castillo Blanco, F.A.; Sala Franco, T.; Palomar Olmeda, A.; Sánchez Morón, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, S.A., 2007.



# **33. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVISIÓN DE PUESTOS. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.**

## **TEMA 33**

### **ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVISIÓN DE PUESTOS. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.**

#### **1. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVISIÓN DE PUESTOS**

Tal como señala la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público** (en adelante, Estatuto Básico), en su Exposición de Motivos, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los consiguientes instrumentos de coordinación. Y regula la ordenación de la actividad profesional en su Título V, estructurado en tres capítulos:

- o Capítulo I: Planificación de recursos humanos (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto Básico).
- o Capítulo II: Estructuración del empleo público (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto Básico).
- o Capítulo III: Provisión de puestos de trabajo y movilidad (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto Básico).

##### **1.1. Planificación de recursos humanos**

La planificación de los recursos humanos es una actividad que consiste en analizar los medios humanos de los que dispone una organización y que son necesarios para la consecución de sus objetivos. Hay que partir, por lo tanto, de la determinación de sus objetivos por parte de la Administración pública de que se trate, para cuya consecución se fijarán los medios personales necesarios, es decir, se realizará la correspondiente planificación de recursos humanos.

El **artículo 69** del **Estatuto Básico** dispone que la planificación de los recursos humanos en las Administraciones públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión idónea de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

Los objetivos de la planificación son, por lo tanto, de dos tipos:

- o La eficacia en la prestación de los servicios.
- o La eficiencia en la utilización de los recursos disponibles.

El artículo 69 continúa señalando que las Administraciones públicas podrán aprobar **Planes para la ordenación de sus recursos humanos**, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:

- o Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.  
Se trata de determinar, por una parte, si el número de efectivos con los que cuenta la organización son los que necesita (análisis cuantitativo) y, por otra parte, si tienen el perfil profesional y el nivel de cualificación necesarios (análisis cualitativo).
- o Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.  
El análisis sobre los recursos humanos puede prever la conveniencia de modificar los sistemas de organización del trabajo y las estructuras de puestos de trabajo, para lo cual se determinarán los procedimientos que hay que seguir, ya que la planificación no determina por sí sola estos cambios.
- o Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.  
Cuando del análisis se deduce que cuantitativamente los efectivos con los que cuenta una organización son suficientes, una medida idónea sería la suspensión de incorporaciones de personal externo. Se acudiría a la convocatoria de concursos de provisión cuando el reparto de los efectivos supone la insuficiencia de los mismos en algunos ámbitos, por lo que es conveniente su recolocación.
- o Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III de este Título.  
A través de las medidas de promoción interna y de formación se consigue dar satisfacción no sólo al personal con el que se cuenta, sino también a las propias necesidades de la organización. La medida de movilidad forzosa responde a una reorganización de los efectivos que la organización considera necesaria.
- o La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la oferta de empleo público.  
Esta medida responde a la insuficiencia de efectivos con los que cuenta la organización, lo que supone la necesidad de incorporar personal externo.

Cada Administración pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación.

El **artículo 70** del Estatuto Básico señala que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que se deban proveer mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la **oferta de empleo público**, o de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal. Esto conllevará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por ciento adicional, fijando el plazo máximo para su convocatoria. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

La oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas, deberá ser publicada en el diario oficial correspondiente.

La oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

Este artículo prevé como instrumento de planificación la oferta de empleo público, pero deja abierta la posibilidad de acudir a otro instrumento similar. El instrumento de gestión que se utilice es el que señala las necesidades de recursos humanos que hay que proveer a través de la incorporación de personal de nuevo ingreso y recogerá el número de plazas comprometidas, para cuya cobertura será necesario convocar los correspondientes procesos selectivos. Como novedad en la redacción dada por el estatuto, se puede destacar el hecho de incluir un plazo máximo de tres años para la ejecución de la oferta o instrumento similar.

Por su parte, el establecimiento de un número de plazas supone un compromiso para el cual es necesario contar con la correspondiente dotación presupuestaria. No hay que olvidar que el artículo 70 habla de necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria.

El Estatuto Básico recoge la previsión de que en el supuesto de que los órganos de selección hubiesen propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que el de plazas convocadas, y con el fin de asegurar la cobertura de estas, cuando se produzcan renunciaciones de los aspirantes seleccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante podrá requerir del órgano de selección relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento como funcionarios de carrera (artículo 61.8). Esta regulación tiene como finalidad garantizar la cobertura de todas las plazas convocadas para conseguir satisfacer la necesidad de incorporación de nuevos efectivos.

El capítulo dedicado a la planificación de recursos humanos finaliza con el **artículo 71**, relativo a los **registros de personal y gestión integrada**

**de recursos humanos.** Se establece que cada Administración pública constituirá un registro en el que se inscribirán los datos relativos al personal contemplado en los artículos 2 (ámbito de aplicación) y 5 (personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos) del presente estatuto y que tendrá en cuenta las peculiaridades de determinados colectivos.

Los registros podrán disponer también de la información agregada sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público.

Mediante convenio de conferencia sectorial se establecerán los contenidos mínimos comunes de los registros de personal y los criterios que permitan el intercambio homogéneo de la información entre administraciones, con respecto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal.

Las administraciones públicas impulsarán la gestión integrada de recursos humanos.

Cuando las entidades locales no cuenten con la suficiente capacidad financiera o técnica, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas cooperarán con aquellas a los efectos previstos en este artículo.

A nivel autonómico, la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, de 30 de diciembre) añade el artículo 30.*bis* al Texto Refundido de la **Ley de la Función Pública de Galicia**, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (en adelante, Ley de la Función Pública de Galicia). Este artículo prevé, dentro del marco de la planificación de recursos humanos, la posibilidad de traslado del personal funcionario. Asimismo, recoge la posibilidad de aprobación por el Consello de la Xunta de Galicia de un plan de ordenación de recursos humanos.

## **1.2. Estructuración del empleo público**

El Estatuto Básico del Empleado Público recoge en el artículo 72 que, en el marco de sus competencias de autoorganización, **las administraciones públicas estructuran sus recursos humanos** con arreglo a las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en el Capítulo II del Título V.

El artículo 73 dispone que los empleados públicos tienen derecho al desempeño de un puesto de trabajo de acuerdo con el **sistema de estructuración del empleo público** que establezcan las leyes de desarrollo del estatuto.

Las administraciones públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin mengua en las retribuciones.

Los puestos de trabajo podrán agruparse en función de sus características para ordenar la selección, la formación y la movilidad.

El artículo 74 establece que las administraciones públicas estructurarán su organización a través de **relaciones de puestos de trabajo** u otros instrumentos organizativos similares que abarcarán, por lo menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, la que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2003 destaca que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo para justificar que, a pesar de merecer la calificación de cuestiones de personal, se considerasen sin embargo apelables (más tarde susceptibles de recurso de casación), dándoles así, “desde un punto de vista estrictamente procesal”, el tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso desconociese que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos.

Con arreglo al artículo 75, los funcionarios se agrupan en **cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas** que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo.

Los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, se modifican y se suprimen por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas.

Cuando en el estatuto se hace referencia a cuerpos y escalas se entenderá comprendida igualmente cualquier otra agrupación de funcionarios.

La tradicional clasificación en cuerpos, escalas y categorías supone una agrupación referida a las tareas o funciones que se desarrollan en los mismos unidas a las titulaciones requeridas para el acceso.

El artículo 76 recoge los **grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera**. Con arreglo a este artículo, los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a ellos, en los siguientes grupos:

- o Grupo A, dividido en dos subgrupos: A1 y A2.  
Para el acceso a los cuerpos o escalas de este grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de grado. En aquellos supuestos en que la ley exija otro título universitario será este el que se tenga en cuenta. La clasificación de los cuerpos y escalas en cada subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones que hay que desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.
- o Grupo B. Para el acceso a este grupo será necesario tener el título de técnico superior.
- o Grupo C, dividido en dos subgrupos: C1 y C2.  
La división de los subgrupos responde a la titulación exigida para el ingreso, siendo necesario en el caso del C1 el título de bachiller o técnico, y en el C2 el de graduado en educación secundaria obligatoria.

En este apartado, hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional Séptima prevé las **agrupaciones profesionales sin requisito de titulación**, señalando que además de los grupos clasificatorios descritos antes, las administraciones públicas podrán establecer otras agrupaciones diferentes, en que no se exija para el acceso estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo. Los funcionarios que pertenezcan a estas agrupaciones cuando reúnan la titulación exigida podrán promocionar con arreglo a lo establecido en el artículo 18.

En la Disposición Transitoria Tercera se dispone que, hasta que no se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios, para el acceso a la función pública seguirán siendo válidos los títulos universitarios oficiales vigentes a la entrada en vigor del Estatuto.

Transitoriamente, los grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del Estatuto se integrarán en los nuevos, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

- o Grupo A: Subgrupo A1.
- o Grupo B: Subgrupo A2.
- o Grupo C: Subgrupo C1.
- o Grupo D: Subgrupo C2.
- o Grupo E: Agrupaciones profesionales a las que se refiere la Disposición Adicional Séptima.



Los funcionarios del subgrupo C1 que reúnan la titulación exigida podrán promocionar al grupo A sin necesidad de pasar por el nuevo grupo B.

Respecto al **personal laboral**, el artículo 77 dispone que se clasificará de conformidad con la legislación laboral.

### **1.3. Provisión de puestos de trabajo y movilidad**

#### **1.3.1. Regulación estatal**

El **Estatuto Básico** regula la provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Capítulo III del Título V (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo ).

Tal y como se señala en el libro *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, de la Editorial Lex Nova, “el concurso tradicional es un concurso en que predomina esencialmente la antigüedad de los empleados públicos; [...] lo que preocupaba a los gestores era la irreversibilidad del nombramiento porque, como venimos indicando, el problema no era sólo el del reclutamiento sino esencialmente el de sus consecuencias, entre las que, esencialmente, destacaba el carácter intangible del puesto de trabajo obtenido mediante este procedimiento”. A cuyo objeto, “los desafíos a los que se sometía el EBEP eran claros: la necesidad de compaginar el sistema de provisión de puestos de trabajo con la de dotar a las administraciones públicas de elementos de movilidad que permitan la optimización del personal mediante técnicas o sistemas de redistribución real que permitan que unas unidades pierdan efectivos que les sobran y otras las obtengan cuando el juicio de planificación lo demande. Este mismo criterio es mantenido en el Informe de la Comisión de Expertos cuando señala que [...] «no obstante todo lo anterior, la existencia de un régimen correcto de provisión de puestos de trabajo constituye también un elemento decisivo en cualquier modelo de recursos humanos [...]»”.

El artículo 78 dispone que las administraciones públicas proveerán los puestos de trabajo mediante **procedimientos** basados en los **principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad**. Estos principios, garantizados por la Constitución española (artículo 103.3) en relación con el acceso al empleo público, se extienden ahora a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

La provisión de puestos de trabajo en cada Administración pública se realizará por los **procedimientos de concurso y de libre designación** con convocatoria pública.



Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto podrán establecer **otros procedimientos de provisión** en los supuestos de movilidad a los que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos.

De este modo, el Estatuto Básico recoge como formas de provisión en todo caso el concurso y la libre designación, dejando a las leyes de desarrollo del Estatuto la posibilidad de recoger otros procedimientos de provisión.

#### **1.3.1.1. Concurso de traslados**

Se regula el **concurso** (artículo 79) como el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo. Consiste en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad.

Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo.

En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso deberá asignarse un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.

En relación con este punto, el libro *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, de la Editorial Lex Nova, indica que “*en nuestra tradición de función pública y más allá de las habilitaciones legales a que nos acabamos de referir, lo cierto es que la figura clave sobre la que gira el procedimiento de evaluación no es otro que el de la primacía de las bases del concurso. De esta forma y a los efectos de determinar la escala de fuentes aplicable podemos establecer un degradado normativo que sitúa en primer término al EBEP, en segundo a las leyes de desarrollo del mismo y que deben determinar si se opta y en qué porcentaje por la trilogía de méritos o se mantiene en los dos que parecen configurarse como esenciales y no disponibles (méritos y capacidades), y, finalmente, el tercer nivel, que se concreta en la correspondiente base de la convocatoria que es la que determina para el supuesto concreto cómo opera el nivel y la valoración de los méritos incluidos la misma.*” Y, respecto a las comisiones de valoración, recoge que “*se trata de la regulación que puede considerarse más novedosa y según la cual se introducen en la*

*composición de las Comisiones los principios de profesionalidad y especialización, junto con el principio de paridad entre hombres y mujeres. [...] Es evidente que son las leyes llamadas al desarrollo del EBEP las que deben, seguidamente, establecer las pautas centrales en las que se concreta a profesionalización y la especialización”.*

De la regulación del artículo 79 del Estatuto Básico pueden destacarse los siguientes puntos:

- o El procedimiento normal de provisión es el concurso.
- o La valoración que debe realizarse en los concursos afecta necesariamente a los méritos y capacidades, y, sólo si así se prevé, a las aptitudes de los candidatos.
- o Las comisiones de valoración deben ser órganos colegiados de carácter técnico. Para su composición se atenderá a dos principios: el de profesionalidad y el de especialización de sus miembros.  
En este sentido, hay que destacar la importancia que adquieren estos principios en relación con aquellos concursos en los que la comisión debe valorar aptitudes de los candidatos, frente a aquellos en los que la valoración de méritos y capacidades se reduce a una aplicación práctica de lo previsto en las bases de la convocatoria.
- o La composición de estas comisiones de valoración se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre.  
Esta previsión enlaza directamente con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- o Las reglas principales a las que se debe ajustar el funcionamiento de las comisiones de valoración son la imparcialidad y la objetividad.
- o Se realiza una remisión a las leyes de desarrollo del Estatuto para fijar el plazo mínimo de ocupación de un puesto obtenido por concurso para poder participar en otro concurso.  
Este apartado supone una novedad en la regulación del concurso de traslados porque hasta ahora estaba fijado con carácter general el plazo de dos años.
- o La remisión en los casos de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública para asignar un puesto de trabajo, con las garantías de ese sistema.  
Hay que tener también en cuenta lo previsto en el artículo 20.4, en el que se recoge que la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

De acuerdo con la **Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se**

**publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos**, en lo relativo a la provisión de puestos de trabajo, se dispone que continúan vigentes los procedimientos de provisión de puestos, que seguirán rigiéndose por la Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Concurso de provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de carrera (artículo 79): La composición de los órganos colegiados de carácter técnico encargados de la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos, responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre.
- Se mantiene el requisito de permanencia mínima en cada puesto de trabajo de destino definitivo de dos años para poder participar en los concursos de provisión, salvo las excepciones previstas en la normativa de función pública vigente.

#### **1.3.1.2. Libre designación**

La **libre designación** con convocatoria pública, según el artículo 80, consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que, por su especial responsabilidad y confianza, puedan cubrirse por este procedimiento. El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

Los titulares de los puestos de trabajo provistos por este procedimiento podrán ser cesados discrecionalmente. En el caso de cese, deberá asignárseles un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.

De esta regulación se extraen estos criterios de aplicación:

- o La libre designación requiere convocatoria pública.
- o El órgano competente realiza una apreciación de tipo discrecional.
- o Dicha apreciación discrecional se refiere a la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño de un puesto.

- o Los puestos que se pueden cubrir por este sistema se determinan en función de unos criterios fijados por las leyes de desarrollo del Estatuto Básico.
- o Estos puestos deben ser puestos de especial responsabilidad y confianza.
- o El órgano competente puede contar con el criterio de especialistas a la hora de valorar la idoneidad de los candidatos.
- o El cese en estos puestos es discrecional.

*La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 13 de junio de 1997, recoge que “en lo que respecta a la falta de audiencia previa, eran atendibles las razones que sobre ese particular expuso la Administración, al afirmar que podía decidirse la remoción sin expediente contradictorio alguno, o previa audiencia al interesado, ya que la esencia misma del sistema de libre designación es contraria a esa necesidad, dado que, según se ha dicho, ni siquiera es necesario que las razones del cese se exterioricen cuando se decide este”.*

- o La remisión en el caso de cese al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública para asignar un puesto de trabajo, con las garantías de dicho sistema.

No hay que olvidar, asimismo, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de julio de 2005, señaló que *“haciendo una síntesis de la normativa reseñada puede afirmarse que el sistema de libre designación previsto en la ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: a) tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; b) se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la ley relaciona (secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad); d) la objetivación de los puestos de esta última clase (“especial responsabilidad”) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos y serán públicas, con la consecuente facilitación del control”.*

Así se recoge en el libro *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, de la Editorial Lex Nova, que indica que *“la posición de la jurisprudencia puede ser resumida y encajada [...] entre quien considera que se trata de un sistema excepcional que sólo puede ser realizado con las debidas garantías. [...] La regulación que propone el EBEP se sitúa, precisamente, en el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia viene admitiendo para esta forma de provisión”.*

**La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones**

**de 5 de junio de 2007 para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos**, en lo relativo a la provisión de puestos de trabajo, dispone que continúan vigentes los procedimientos de provisión de puestos, que seguirán rigiéndose por la Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Cese en los puestos de libre designación, supresión y remoción de puestos obtenidos por concurso: Continuarán vigentes las reglas sobre asignación de puestos de trabajo en los supuestos de cese, supresión o remoción de los puestos, contenidos en el Reglamento general de ingreso, provisión de puestos y promoción profesional y en la Resolución de 15 de febrero de 1996.

#### **1.3.1.3. Personal laboral**

El artículo 83 establece que la provisión de puestos del **personal laboral** se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos del personal funcionario de carrera.

#### **1.3.2. Regulación autonómica**

La **Ley de la Función Pública de Galicia** regula en el Capítulo III de su Título IV, entre otras materias, la provisión de puestos de trabajo. Hay que tener en cuenta la modificación de la Ley de la Función Pública de Galicia realizada por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, de 30 de diciembre).

La regulación se completa con lo establecido en el **Decreto 93/1991**, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna.

El artículo 29 de la ley y el 2 del Reglamento regulan como sistemas de provisión de puestos de trabajo el concurso y la libre designación. Y en el artículo 7 del Reglamento, la redistribución de efectivos. Como consecuencia de un plan de empleo se prevé la reasignación de efectivos. Asimismo, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado regula la permuta. Además, con carácter provisional, encontramos las adscripciones provisionales y las comisiones de servicio.

A continuación, analizamos los distintos sistemas de provisión de puestos de trabajo.

##### **1.3.2.1. Concurso de traslados**

El **concurso** constituye el sistema normal de provisión. En él se tendrán en cuenta sólo los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado en anteriores puestos, los cursos de formación y perfeccionamiento superados que tengan relación con los puestos de trabajo que se van a cubrir y la antigüedad.

Se exige un **mínimo de dos años** en cada puesto de trabajo de destino definitivo obtenido por concurso para poder participar en los concursos de provisión, salvo por supresión del puesto de trabajo. No hay que olvidar en este punto que el Estatuto Básico indica que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo. Por lo tanto, aunque la actual Ley de la Función Pública de Galicia señale dos años, cuando se dicte la ley de desarrollo del Estatuto Básico se podrá establecer otro plazo distinto.

Asimismo, se establece que los concursos deberán ser convocados con una **periodicidad** anual y resueltos en seis meses, a partir de la publicación de las listas definitivas de personas admitidas y excluidas. La Administración de la Xunta de Galicia garantizará la existencia de medios materiales y personales propios que hagan posible esta periodicidad y garanticen la agilidad de la resolución de los procedimientos.

Se remite al Reglamento para determinar la composición y funcionamiento de las comisiones de valoración, en las que se garantiza la presencia de la representación de los trabajadores.

Las **convocatorias** y **resoluciones** que se dicten para proveer puestos de trabajo por concurso, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley de la Función Pública de Galicia, serán anunciadas en el Diario Oficial de Galicia por la autoridad competente para efectuar los nombramientos.

De acuerdo con el artículo 8 del Reglamento, el conselleiro competente en materia de función pública, a iniciativa de las restantes consellerías, aprobará las **bases** que regirán las convocatorias de los concursos, oída la Comisión de Personal. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 14.2.6) de la Ley de la Función Pública de Galicia, que lo establece como una competencia de la conselleira o conselleiro competente en materia de función pública, y eso teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 17.7.a) de la misma ley, que atribuye a las conselleiras o conselleiros, en relación con el personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas adscritos a su departamento, la convocatoria y resolución de los concursos de traslados.



En las **convocatorias** de concursos deberán incluirse, en todo caso, los siguientes datos y circunstancias:

- la denominación, nivel y localización del puesto;
- los requisitos indispensables para desempeñarlo;
- baremo para puntuar los méritos;
- y la puntuación mínima para la adjudicación de las vacantes convocadas.

Todos los funcionarios, cualquiera que sea su situación administrativa, salvo los suspensos en firme, podrán **tomar parte** en los concursos, siempre que reúnan las condiciones y requisitos exigidos en la convocatoria en la fecha en la que finalice el plazo de presentación de instancias.

Se concederá un **plazo** mínimo de quince días hábiles para presentar **solicitudes**, a contar desde la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de Galicia. Tales instancias se dirigirán al órgano convocante, con indicación si procede de la orden de preferencia cuando sean varios los destinos solicitados.

En el supuesto de que estén interesados en las vacantes que se anuncian en un determinado concurso para la misma localidad dos funcionarios que reúnan los requisitos exigidos, podrán condicionar su petición, por razones de **convivencia familiar**, a que ambos obtengan dicho destino, aportando cada uno fotocopia de la otra petición.

Continúa la regulación con los **criterios para la valoración de méritos**, señalando además que la puntuación de cada uno de estos conceptos no podrá exceder, en ningún caso, el 40 % de la puntuación máxima total, ni ser inferior al 10 % de la misma. Los criterios son los siguientes:

- Sólo podrán valorarse los *méritos específicos* adecuados a las características de cada puesto que se determinen en las respectivas convocatorias.
- El *grado personal consolidado* se valorará en razón directa a la cercanía del nivel del puesto pedido, cuando así se especifique en la convocatoria.
- La valoración del *trabajo desarrollado* se cuantificará en relación con los años de destino, contenido y especialización de los puestos de trabajo anteriormente desempeñados.
- Sólo se valorarán los *cursos de formación y perfeccionamiento* expresamente incluidos en las convocatorias, que deberán versar sobre materias directamente relacionadas con las funciones propias de los puestos de trabajo.
- El *nivel de conocimiento de la lengua gallega* será valorado en función de que se considere adecuado a la naturaleza del puesto y de las funciones que se van a desempeñar.

- La antigüedad se valorará por años de servicio, computándose a estos efectos los reconocidos que se hubiesen prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionarios.

El **destino previo del cónyuge funcionario**, obtenido mediante convocatoria pública en la localidad donde esté el puesto o puestos de trabajo solicitados, se podrá valorar como máximo con la puntuación que resulte de la antigüedad, siempre que acceda desde localidad distinta.

El artículo 11 del Reglamento prevé que cuando **en atención a la naturaleza de los puestos** que hay que cubrir, así se determine en las convocatorias, los **concursos** podrán constar de **dos fases**, fijando las convocatorias las puntuaciones máximas y mínimas de las mismas:

- En la primera fase se valorarán los méritos correspondientes al grado personal consolidado, el trabajo desarrollado y el nivel de conocimiento de la lengua gallega.
- La segunda fase consistirá en la comprobación y valoración de los méritos específicos adecuados a las características de los puestos, mediante la delimitación de los conocimientos profesionales, estudios, experiencia necesaria, titulación, en su caso, y demás condiciones que garanticen la adecuación para el desempeño del puesto.

Podrá establecerse para eso la elaboración de memorias o la realización de entrevistas. La memoria consistirá, en su caso, en un análisis de las tareas del puesto y de los requisitos, condiciones y medios necesarios para su desempeño a juicio del candidato, basada en la descripción contenida en la convocatoria. Las entrevistas versarán sobre los méritos específicos adecuados a las características del puesto, de acuerdo con lo previsto en la convocatoria y, en su caso, sobre la memoria.

En cuanto a las **comisiones de valoración**, el artículo 12 del Reglamento establece que estarán formadas por:

- Un presidente, que será el director general de la Función Pública o persona en quien delegue.
- Tres representantes de la Administración autonómica nombrados por el órgano convocante.
- Dos representantes designados por las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Negociación.
- Un secretario, con voz pero sin voto, que deberá ser un funcionario designado por el órgano convocante.

Todos los vocales y el secretario deberán tener la condición de funcionarios.



Las comisiones propondrán al candidato que obtuviese mayor puntuación, y dichas propuestas tendrán el carácter de vinculantes para el órgano encargado de la resolución de la convocatoria del concurso.

Siguiendo con el Reglamento, el **plazo para la resolución del concurso** será de dos meses desde el día siguiente al del final de la presentación de instancias, excepto que, en supuestos excepcionales, la propia convocatoria establezca otro distinto.

En este apartado hay que recordar la previsión de la ley de una periodicidad anual de las convocatorias y su resolución en seis meses desde la publicación de las listas definitivas de personas admitidas y excluidas.

El **plazo para tomar posesión** del nuevo destino obtenido será de tres días hábiles si el puesto de trabajo se encuentra en la misma localidad, o de un mes si se encuentra en localidad distinta. Este plazo comenzará a computarse a partir del día siguiente al del **cese**, que, en el supuesto de que el funcionario esté desempeñando algún puesto de trabajo, deberá efectuarse dentro de los tres días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución del concurso en el Diario Oficial de Galicia. Si la resolución conlleva el reingreso en el servicio activo, el plazo de toma de posesión deberá computarse desde dicha publicación.

Se incluye la posibilidad de **diferir el cese** por necesidades del servicio, hasta veinte días hábiles. Se puede, asimismo, **aplazar la fecha del cese** incluso un máximo de tres meses, excepcionalmente, a propuesta de la consellería, por exigencias del normal funcionamiento de los servicios apreciadas en cada caso por la Dirección General de la Función Pública.

Se recoge la previsión de una **prórroga de incorporación** hasta un máximo de veinte días hábiles, si el destino se encuentra en distinta localidad y así lo solicita el interesado por razones justificadas.

El **cómputo de los plazos posesorios** se iniciará cuando terminen los permisos o licencias que, en su caso, hubiesen sido concedidos a los interesados. En los supuestos de baja temporal o transitoria, el cómputo del plazo se iniciará a partir de la correspondiente alta. A todos los efectos, el plazo posesorio se considerará como de servicio activo, comenzando los efectos económicos en el nuevo destino desde la fecha de cese en el de origen.

Una vez transcurrido el plazo de presentación de instancias, las **solicitudes** presentadas son **vinculantes** para el petitionerio y los **destinos adjudicados irrenunciables**, salvo que se obtuviese otro destino mediante convocatoria pública antes de que finalice el plazo de toma de posesión. Los destinos adjudicados se considerarán de **carácter**

**voluntario** y, en consecuencia, **no generarán derecho al abono de indemnización** por concepto alguno, sin perjuicio de las excepciones previstas en el régimen de indemnizaciones por razón del servicio.

Las personas funcionarias que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso podrán ser **removidas** por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo que modifiquen los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de capacidad sobrevenida para su desempeño, manifestada por rendimiento insuficiente que no implique inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas. La remoción se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la Xunta de Persoal correspondiente.

A las personas funcionarias afectadas les será aplicable lo dispuesto en el artículo 65.4 de la Ley de la Función Pública de Galicia, que fue objeto de nueva redacción en la modificación efectuada por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre.

Asimismo, el Reglamento prevé en su artículo 15.5 que a los funcionarios removidos se les atribuirá un destino provisional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del Reglamento.

### **1.3.2.2. Libre designación**

Por el sistema de **libre designación** con convocatoria pública se cubrirán aquellos puestos que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo.

Para el desempeño de puestos de trabajo de libre designación que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, atendiendo a la función que se va a desempeñar, será requisito necesario estar en posesión del diploma de directiva o directivo expedido por la Escola Galega de Administración Pública o equivalente dado por otras instituciones públicas que habilite para el ejercicio del puesto de trabajo de que se trate.

El artículo 30 de la Ley de la Función Pública de Galicia, modificado por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, establece que se proveerán por el sistema de libre designación, con convocatoria pública entre personal funcionario de carrera, los puestos de trabajo de carácter directivo o de especial responsabilidad y aquellos que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones. En todo caso, mediante este procedimiento, se proveerán las subdirecciones generales o equivalentes, jefaturas de servicio o equivalentes, las secretarías de altos cargos, así como, excepcionalmente, otros de nivel inferior que, como tales, se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, según los criterios que se

establezcan, en este último caso, previa negociación con las organizaciones sindicales.

Los puestos clasificados como de libre designación estarán sometidos a disponibilidad horaria en los términos que se establezcan reglamentariamente.

De acuerdo con esta modificación, la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, también añade una nueva disposición adicional, la vigésima, a la Ley de la Función Pública de Galicia, con la que se prevé la modificación de oficio de las relaciones de puestos de trabajo como consecuencia del cambio de adscripción de los puestos de trabajo por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 30, citado antes.

Asimismo, la disposición transitoria segunda de la Ley de la Función Pública de Galicia recoge que el personal funcionario que ocupe puestos que, antes de la entrada en vigor de esta ley, estuviesen clasificados como de libre designación y que, posteriormente, dejen de tener esta forma de cobertura, seguirá ocupando los mismos puestos de trabajo hasta la provisión de los mismos, aunque se podrá disponer discrecionalmente su cese antes de dicha provisión. En caso de cese, se podrá cubrir el puesto de trabajo con otra empleada o empleado público de manera provisional, mediante adscripción o comisión de servicios, que finalizará cuando se provea definitivamente la plaza.

Las **convocatorias** y **resoluciones** que se dicten para proveer puestos de trabajo por libre designación, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley de la Función Pública de Galicia, serán anunciadas en el Diario Oficial de Galicia por la autoridad competente para efectuar los nombramientos.

El artículo 16 del Reglamento señala que los titulares de cada consellería están facultados para proveer plazas por el sistema de libre designación, pudiendo cubrirse por dicho sistema las que así figuren en las relaciones de puestos de trabajo.

La libre designación se realizará previa convocatoria pública en la que figurarán condiciones generales y específicas del puesto que se cubrirá. Las **convocatorias** para la provisión de puestos de **libre designación** incluirán necesariamente los siguientes datos:

- denominación, nivel y localización del puesto,
- los requisitos indispensables para desempeñarlo.

Se concederá un **plazo** mínimo de quince días hábiles para presentar **solicitudes**, a contar a partir del día siguiente al de la publicación de la convocatoria, que se remitirán al órgano convocante, quien resolverá en un plazo máximo de dos meses. Los nombramientos de libre designación

requerirán el informe previo de la persona titular del centro orgánico o de la unidad a que figure adscrito el puesto convocado.

La **toma de posesión** y **plazos** serán **los mismos que en el procedimiento de concurso**.

Las personas funcionarias adscritas a un puesto de trabajo por el procedimiento de **libre designación** podrán ser **removidas** del mismo con **carácter discrecional**, en las condiciones reguladas en el artículo 65.4 de la Ley de la Función Pública de Galicia. Hay que recordar que este artículo 65.4 ha sido objeto de modificación por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre.

### **1.3.2.3. Redistribución de efectivos**

El Reglamento prevé en su artículo 7 que los funcionarios que ocupen puestos no singularizados, entendiendo por tales los que no se individualicen o distingan de los restantes puestos de trabajo en las correspondientes relaciones por su contenido o condiciones específicas para su ejercicio, podrán ser **adscritos por necesidades del servicio** a otros de la misma naturaleza, nivel de complemento de destino y complemento específico, siempre que, para la provisión de dichos puestos, esté establecido semejante procedimiento y sin que eso suponga cambio de localidad. De estas adscripciones se dará conocimiento a la Xunta de Persoal respectiva.

Cuando la adscripción se realice dentro del ámbito de los servicios centrales o en una misma delegación provincial o servicio y suponga cambio de destino, se limitará su duración hasta la resolución del siguiente concurso.

### **1.3.2.4. Reasignación de efectivos**

El artículo 31 de la Ley de la Función Pública de Galicia establece que la Xunta de Galicia podrá elaborar **planes de empleo**, referidos tanto a personal funcionario como laboral, que contendrán de forma conjunta las actuaciones que se deben desarrollar para la excelente utilización de los recursos humanos en el ámbito al que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal.

Las actuaciones previstas para el personal laboral en los planes de empleo se desarrollarán conforme a la normativa específica del ordenamiento jurídico laboral y lo establecido en los convenios colectivos aplicables.

Los planes de empleo podrán contener las siguientes previsiones y medidas:

- Previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo.
- Suspensión de incorporaciones de personal externo al ámbito afectado, tanto las derivadas de oferta de empleo como de procesos de movilidad.
- Reasignación de efectivos de personal.
- Establecimiento de cursos de formación y capacitación.
- Autorización de concursos de provisión de puestos limitados al personal de los ámbitos que se determinen.
- Medidas específicas de promoción interna.
- Prestación de servicios a tiempo parcial.
- Necesidades adicionales de recursos humanos, que deberán integrarse, en su caso, en la oferta de empleo público.
- Otras medidas que procedan en relación con los objetivos del plan de empleo.

Las memorias justificativas de los planes de empleo contendrán las referencias temporales que procedan, respecto a las previsiones y medidas establecidas en ellos.

El personal afectado por un plan de empleo podrá ser reasignado voluntariamente en otras administraciones públicas en los términos que establezcan los convenios que, a tal efecto, se promuevan y suscriban con ellas.

Los planes de empleo podrán afectar a una o varias consellerías, organismos o áreas administrativas concretas, y serán aprobados por la consellería competente en materia de función pública, previo informe favorable de la Consellería de Economía e Facenda.

La iniciativa para su elaboración le corresponderá a la consellería o al organismo afectado o, conjuntamente, a las consellerías competentes en materia de función pública y de economía.

La Xunta de Galicia podrá adoptar, además de los planes de empleo, otras medidas de racionalización de efectivos, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada.

Las personas funcionarias que ocupen un puesto que sea objeto de supresión, como consecuencia de un plan de empleo, podrán ser destinadas a otro puesto de trabajo por el procedimiento de **reasignación de efectivos**, tal como establece el artículo 29.6 de la Ley de la Función Pública de Galicia. Esta reasignación se efectuará aplicando criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad que se concretarán en el mismo. La adscripción al puesto adjudicado por reasignación tendrá carácter definitivo.

La persona funcionaria que, como consecuencia de reasignación de efectivos en el marco de un plan de empleo, vea modificado su lugar de residencia, tendrá derecho a una indemnización, que consistirá en el abono de los gastos de viaje, incluidos los de su familia, en una indemnización de tres dietas por el titular y cada miembro de su familia que efectivamente se traslade y en el pago de los gastos de transporte de muebles y equipamiento, así como en una indemnización de tres mensualidades de la totalidad de sus retribuciones, excepto el complemento de productividad, cuando se produzca cambio de ayuntamiento. Esto sin perjuicio de otras ayudas que en el propio plan de empleo se puedan establecer. Los mismos derechos se le reconocerán a las personas funcionarias en excedencia forzosa a las cuales se les asigne destino en el marco de dicho plan.

La reasignación de efectivos se producirá en tres fases:

- La reasignación de efectivos dentro de la consellería donde estuviere destinada la persona funcionaria la efectuará la consellería competente en materia de función pública, previo informe de aquella, en el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la supresión del puesto. Tendrá carácter obligatorio para puestos en el mismo ayuntamiento y voluntario para puestos que radiquen en distinto ayuntamiento, que serán, en ambos casos, de similares características, funciones y retribuciones. Durante esta fase se percibirán las retribuciones del puesto de trabajo que se desempeñaba.
- Si en la primera fase las personas funcionarias no obtienen puesto en la consellería donde estuviesen destinadas, podrán ser asignadas por la consellería competente en materia de función pública, en el plazo máximo de tres meses, a puestos de otras consellerías y de sus organismos adscritos, en las condiciones anteriores, percibiendo durante esta segunda fase las retribuciones del puesto de trabajo que desempeñaban.  
Durante las dos fases citadas podrán encomendárseles a las personas funcionarias afectadas tareas idóneas a su cuerpo o escala de pertenencia.
- Las personas funcionarias que, tras las anteriores fases de reasignación de efectivos, no obtuviesen puesto, se adscribirán a la consellería competente en materia de función pública, a través de relaciones específicas de puestos en reasignación, en la situación de expectativa de destino definida en los artículos 51.g) y 59 de esta ley, y podrán ser reasignadas por esta a puestos de similares características y retribuciones de otras consellerías y de sus organismos adscritos, con carácter obligatorio cuando estén situados en el mismo ayuntamiento y con carácter voluntario cuando radiquen en distinto ayuntamiento.

### **1.3.2.5. Permuta**

La permuta como forma de provisión no está prevista en la normativa autonómica. Sin embargo, permanece vigente el **artículo 62 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado**, en el que se disponen que se podrán autorizar excepcionalmente **permutas** de destinos entre funcionarios en activo, o en excedencia especial, siempre que los puestos de trabajo sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión, que los funcionarios que pretendan la permuta cuenten respectivamente con un número de años de servicio que no difiera entre sí en más de cinco, y que se emita informe previo de los jefes de los solicitantes.

En el plazo de diez años a partir de la concesión de una permuta no podrá autorizarse otra a ninguno de los interesados. Asimismo, no podrá autorizarse permuta entre funcionarios cuando a alguno de ellos le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa.

Serán anuladas las permutas si en los dos años siguientes a la fecha en que tengan lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permutantes.

### **1.3.2.6. Adscripción provisional**

#### **1.3.2.6.1. Adscripción por motivos de salud:**

El artículo 29.7.º de la actual Ley de la Función Pública de Galicia indica que la Administración de la Xunta de Galicia podrá **adscribir** a las personas funcionarias a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación de la funcionaria o funcionario, de su cónyuge o de la persona unida por análoga relación de afectividad, de las hijas e hijos a su cargo o de las personas ascendientes en el primer grado de consanguinidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

- Informe previo favorable del servicio médico oficial legalmente establecido.
- Existencia de puestos vacantes con asignación presupuestaria.
- Que el nivel de complemento de destino y específico del puesto de destino no sea superior al del puesto de origen.
- Que la persona funcionaria reúna los requisitos para su desempeño.
- En el caso de las personas ascendientes, que la funcionaria o funcionario conviva con ellas.

Esta adscripción tendrá, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre riesgos laborales, **carácter provisional**, y el puesto de trabajo de origen



de la persona funcionaria, siempre que lo ocupara con carácter definitivo, se le reservará mientras se mantenga la causa que motiva la adscripción. Con la periodicidad que reglamentariamente se determine, y, en todo caso cada año, se deberá comprobar que persisten las circunstancias que dieron lugar a la adscripción. La negativa a la adscripción por causa de salud será siempre motivada.

#### **1.3.2.6.2. Adscripción por reingreso al servicio activo:**

Además de la posibilidad prevista en el artículo 61 de la Ley de la Función Pública de Galicia de reingreso al servicio activo mediante la participación en las convocatorias de concurso o de libre designación, el reingreso podrá efectuarse por **adscripción** a un puesto, que tendrá necesariamente el carácter de provisional, condicionado a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

De acuerdo con la nueva redacción dada a este artículo 61, en su apartado 3.º, por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, el puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año, en el caso de estar vacante, y la persona funcionaria reingresada tendrá la obligación de participar en los concursos de traslados que se convoquen para todos los puestos de trabajo de su cuerpo o de su escala de la localidad donde estuviese adscrita provisionalmente. Si no obtuviera destino definitivo, quedará a disposición de la persona titular de la consellería, y el órgano competente procederá a su adscripción provisional a un puesto de trabajo correspondiente a su cuerpo y/o escala.

En el supuesto de incumplir la obligación de participar en el concurso en el que se incluya el puesto que ocupa provisionalmente, será declarada de oficio en la situación de excedencia voluntaria.

El artículo 62 de la Ley establece que las personas que estén en situación de excedencia forzosa o de suspensión de funciones en firme (al cumplir el tiempo de suspensión) están obligadas a solicitar el reingreso, que les será concedido, de existir vacantes, con carácter provisional y hasta que obtengan destino con carácter definitivo a través del concurso de traslados. Quedan obligadas a participar en todos los que se convoquen hasta que ello se produzca, y de no hacerlo serán declaradas en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Por su parte, el artículo 4 del Reglamento prevé que los funcionarios reingresados en el servicio activo, que no tengan reserva de plaza y destino, serán adscritos con carácter provisional a un puesto de trabajo vacante dotado presupuestariamente, quedando obligados a participar en el primer concurso para la provisión de puestos, siempre que reúnan los requisitos exigidos. La plaza cubierta provisionalmente se incluirá necesariamente en el primer concurso que se convoque.



### **1.3.2.6.3. Adscripción por cese o supresión del puesto:**

El artículo 65.4.º de la Ley de la Función Pública de Galicia, en la nueva redacción dada por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, indica que las personas funcionarias que **cesen** en un puesto de trabajo sin obtener otro por los sistemas de provisión previstos en el artículo 29 de esta Ley quedarán a disposición de la persona titular de la consellería, que procederá a su adscripción provisional a un puesto de trabajo correspondiente a su cuerpo y/o escala en la misma localidad que la del puesto que venían desempeñando con carácter definitivo. Se les garantizará, en todo caso, las retribuciones que les correspondan por su grado personal consolidado y un complemento específico no inferior en más de dos niveles al del dicho grado. La consellería competente en materia de función pública autorizará esta adscripción cuando implique cambio de consellería o de localidad, con la conformidad, en este último caso, del personal funcionario afectado.

Continúa señalando que, sin perjuicio de lo dispuesto en el primero párrafo de este punto 4.º, quien cese en un puesto provisto por libre designación o por alteración del contenido o supresión de su puesto definitivo en la relación de puestos de trabajo, mientras no obtenga otro puesto con carácter definitivo, y durante un plazo máximo de tres meses, percibirá, en todo caso, las retribuciones complementarias correspondientes al puesto que venía desempeñando con carácter definitivo. En la nueva redacción hay que destacar la exigencia del carácter definitivo del puesto.

El personal funcionario a disposición de la persona titular de la consellería, o adscrito provisionalmente a un puesto de trabajo, está obligado a participar en los concursos de provisión que se convoquen para puestos adecuados a su cuerpo y/o escala y a solicitar, a su elección, todos los puestos situados en la localidad del puesto que hubiese ocupado con carácter definitivo, o bien en la localidad donde hubiese estado adscrito provisionalmente. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este párrafo determinará la declaración de la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

En los concursos de traslados se computará el período de tiempo en esta situación, en su caso, como si se desempeñase un puesto inferior en dos niveles al del grado personal consolidado, desde el día siguiente al del cese del puesto que hubiese ocupado con carácter definitivo y de acuerdo con el que dispongan las bases de la convocatoria.

Por su parte, el artículo 20 del Reglamento prevé el desempeño provisional de un puesto de trabajo del nivel correspondiente a su cuerpo o escala a los funcionarios cesados en un puesto de libre designación bien por

supresión de puestos de trabajo o removidos de los obtenidos por concurso.

### **1.3.2.7. Comisión de servicios**

El artículo 52 de la Ley de la Función Pública de Galicia señala que las personas funcionarias están en situación de servicio activo cuando estén en **comisión de servicios** de carácter temporal, conferida por la consellería competente en materia de Función Pública.

El artículo 6 del Reglamento prevé que, cuando un puesto de trabajo quede vacante, el órgano competente en cada caso, según la Ley de la Función Pública de Galicia (que es el conselleiro competente en materia de Función Pública, tal como establece el artículo 14.2.º.12) de la Ley), puede, en el supuesto de urgente o inaplazable necesidad, proceder a cubrirlo en **comisión de servicios**, durante un **plazo máximo de un año**, con otro funcionario que reúna los requisitos exigidos para desempeñarlo, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo.

Las vacantes cubiertas en comisión de servicios se convocarán en el concurso más próximo, pudiendo, si el puesto continúa vacante, prorrogarse dicha comisión hasta la resolución del siguiente concurso y, en todo caso, **un año más como máximo**.

El artículo 53 de la Ley prevé que por necesidad del servicio, debidamente justificada y de acuerdo con los criterios y las condiciones que se determinen reglamentariamente, oída la Comisión de Personal, los órganos competentes podrán destinar a la funcionaria o funcionario en **comisión de servicios de carácter forzoso** y por **tiempo no superior a tres meses** a un puesto de trabajo distinto del de destino, y, si supusiera cambio de localidad, la funcionaria o funcionario tendrá derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente. Quedan excluidas de esta comisión forzosa las personas que ejerzan los derechos de las letras e) y f) del artículo 76.1.º (artículo 70.1.º de la antigua Ley 4/1988), así como las funcionarias embarazadas. Reglamentariamente se establecerán derechos de oposición a la comisión forzosa derivados del cuidado de familiares.

La letra e) del artículo 70.1.º de la antigua Ley 4/1988 se refería al permiso de lactancia y la letra f) a la disminución de la jornada por motivos de guarda legal. Sin embargo, tras la modificación efectuada por la Ley 13/2007, la letra f) pasó a referirse al nacimiento de hijas e hijos prematuros o que, por cualquiera otra causa, deban permanecer en el hospital a continuación del parto, pasando la guarda legal a recogerse en la letra g). Actualmente, la Ley de la Función Pública de Galicia mantiene en el artículo 76.1.º la numeración otorgada por la Ley 13/2007 en estos puntos.

El Reglamento prevé que la comisión de servicios que suponga **traslado forzoso con cambio de localidad** se cubrirá con un funcionario de la misma consellería que resida en la localidad más cercana y con menos cargas familiares. En otro caso se recurrirá al de menor antigüedad —debiendo ser previamente informada la Comisión de Personal— y su duración **no podrá pasar de tres meses**.

El **tiempo de servicios prestados** en dichas comisiones se tendrá en cuenta a efectos de la **consolidación del grado personal** correspondiente al nivel del puesto desempeñado anteriormente, salvo que se haya obtenido mediante la oportuna convocatoria destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios o en otro del mismo nivel, caso en el que se consolidará este último grado.

Por Resolución del 27 de marzo de 2006, de la Dirección General de la Función Pública, se dictaron instrucciones sobre la cobertura temporal de puestos de trabajo mediante comisión de servicios, modificada por la Resolución del 21 de noviembre de 2008.

En este punto hay que tener en cuenta el nuevo artículo 30.bis de la Ley de la Función Pública de Galicia, tras la modificación efectuada por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre. La posibilidad de traslado del personal funcionario de carrera que prevé este artículo, para el supuesto de sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos, es de carácter voluntario y a través de **comisión de servicios**. En este caso, se le atribuirá al personal funcionario o bien un puesto de trabajo distinto al de origen, para el cual reúna los requisitos establecidos en la relación de puestos de trabajo, o bien funciones o tareas propias de su condición profesional que, por motivo de mayor volumen o razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por el personal que preste servicios en las unidades de que se trate.

En estos casos percibirán las retribuciones del puesto de trabajo que realmente desempeñen, o las del puesto de origen, en caso de que dicha comisión sea por atribución de tareas.

Esta comisión de servicios tendrá una duración de seis meses, prorrogable excepcionalmente por otros seis en caso de que se mantengan las necesidades de servicio o funcionales. Los puestos de trabajo vacantes, cubiertos temporalmente por esta comisión de servicios, se incluirán en los correspondientes concursos de traslados.

## **2. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS**

### **2.1. Regulación estatal**

El **Estatuto Básico** regula en su Título VI (aplicable desde su entrada en vigor) las situaciones administrativas. En su Exposición de Motivos indica que el nuevo texto legal simplifica y reordena la regulación actual de las situaciones administrativas, estableciendo un conjunto de reglas comunes para todos los funcionarios de carrera. No obstante, reconoce la posibilidad de que, por ley de las comunidades autónomas, se puedan introducir supuestos distintos, conforme a sus necesidades.

En su artículo 85 enumera las siguientes situaciones en las que se pueden encontrar los funcionarios de carrera:

- servicio activo (regulada en el artículo 86),
- servicios especiales (artículo 87),
- servicio en otras administraciones públicas (artículo 88),
- excedencia (artículo 89) y
- suspensión de funciones (artículo 90).

Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en ellas se determinen, cuando concurra, entre otras, alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo, o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo.
- b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera.

Dicha regulación, según la situación administrativa de que se trate, podrá llevar consigo garantías de índole retributiva o imponer derechos o obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo.

Por lo que respecta al reingreso al servicio activo, señala en su artículo 91 que reglamentariamente se regularán los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de origen, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos en los que proceda según el Estatuto.

Relativamente al personal laboral, el artículo 92 dispone que se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los convenios colectivos que les sean

aplicables. Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.

## **2.2. Regulación autonómica**

La **Ley de la Función Pública de Galicia** regula en el Capítulo II de su Título V las situaciones administrativas. En la Ley que se dicte en desarrollo del Estatuto Básico deberán contemplarse las distintas características que se establecen respecto a las situaciones administrativas en el Título VI del Estatuto Básico, que es aplicable desde su entrada en vigor, sin olvidar asimismo la previsión de que estas leyes puedan regular otras situaciones administrativas.

El artículo 51 de la Ley de la Función Pública enumera las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse las personas funcionarias:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Servicios en otras administraciones públicas.
- d) Excedencia voluntaria.
- e) Excedencia forzosa.
- f) Suspensión de funciones.
- g) Expectativa de destino.
- h) Excedencia forzosa aplicable a funcionarias y funcionarios en expectativa de destino.
- i) Excedencia voluntaria incentivada.
- j) Excedencia por razón de violencia sobre la mujer funcionaria. Esta denominación se modificó en el artículo 57.6.º de la Ley de la Función Pública de Galicia por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, pasando a ser excedencia por razón de violencia de género.

Por su parte, los artículos 61 y 62 regulan el reingreso al servicio activo.

El reglamento que desarrolla la Ley en esta materia es el **Decreto 92/1991**, de 20 de marzo, por el que se aprueba la legislación de situaciones administrativas.

## **2.3. Servicio activo**

El Estatuto Básico regula en su artículo 86 esta situación y dispone que los funcionarios de carrera en servicio activo disfrutan de todos los derechos inherentes a su condición y quedan sujetos a los deberes y responsabilidades derivados de ella.

El artículo 52 de la Ley de la Función Pública de Galicia enumera los siguientes supuestos en los que se está en situación de servicio activo:

1. Cuando ocupen una plaza dotada presupuestariamente de un cuerpo o escala y desempeñen un puesto de trabajo, en virtud de su pertenencia a aquellos.  
Este es el supuesto habitual en el que la persona funcionaria ocupa un puesto de trabajo determinado.
2. Cuando estén en comisión de servicio de carácter temporal conferida por la consellería competente en materia de Función Pública.
3. Cuando queden a disposición del órgano que reglamentariamente se determine de acuerdo con lo establecido en el artículo 65.4.º.  
En este supuesto, la persona funcionaria no ocupa ningún puesto de trabajo determinado, por lo que la Ley debía prever en que situación quedaba.
4. En los supuestos establecidos en el artículo 54 (que regula la situación de servicios especiales) en los que la persona funcionaria opte por permanecer en esta situación.

Respecto a las comisiones de servicio, el artículo 53 de la Ley dispone que por necesidad del servicio, debidamente justificada y de acuerdo con los criterios y las condiciones que se determinen reglamentariamente, oída la comisión de personal, los órganos competentes podrán destinar a la funcionaria o funcionario en comisión de servicios de carácter forzoso, y por tiempo no superior a tres meses, a un puesto de trabajo distinto del de destino y, si supusiera cambio de localidad, la funcionaria o funcionario tendrá derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente. Quedan excluidas de esta comisión forzosa las personas que ejerzan los derechos de las letras e) y f) del artículo 76.1.º (relativos a los permisos de lactancia, nacimiento de hijas e hijos prematuros u hospitalización a continuación del parto), así como las funcionarias embarazadas. Reglamentariamente se establecerán derechos de oposición a la comisión forzosa derivados de cuidado de familiares.

Este artículo 53 fue modificado en la antigua Ley 4/1988, por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.

Pero no solo existen las comisiones de servicios de carácter forzoso. El Decreto 92/1991 regula en su artículo 3 el servicio activo, y en el artículo 4 las comisiones de servicio.

## **2.4. Servicios especiales**

El Estatuto Básico enumera 12 supuestos de situación administrativa de servicios especiales en su artículo 87.

Por su parte, el artículo 54 de la Ley de la Función Pública de Galicia regula los servicios especiales, enumerando 20 supuestos en los que la persona

funcionaria pasará a esta situación administrativa. Dichos supuestos son los siguientes:

1. Cuando sea autorizado a realizar una misión por período superior a 6 meses en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.
2. Cuando adquiera la condición de personal funcionario al servicio de organizaciones internacionales o de carácter supranacional.
3. Cuando sea nombrado integrante del Gobierno o de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas o altos cargos de los mismos que no deban ser provistos necesariamente por personal funcionario público.
4. Cuando sea elegido por las Cortes Generales para formar parte de los órganos constitucionales o de otros que les corresponda a las cámaras elegir.
5. Cuando sea adscrito a los servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo.
6. Cuando acceda a la condición de diputada, diputado, senadora o senador de las Cortes Generales.
7. Cuando acceda a la condición de diputada o diputado del Parlamento gallego, de miembro de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas o cuando forme parte de órganos que le corresponda elegir al Parlamento gallego, si percibe retribuciones periódicas por el desempeño de la función.  
Cuando no perciba dichas retribuciones podrá optar entre permanecer en la situación de servicio activo o pasar a la de servicios especiales, sin perjuicio de la normativa que dicten las comunidades autónomas sobre incompatibilidades de las personas integrantes de Asambleas legislativas.
8. Cuando desempeñe cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las entidades locales; cuando desempeñe responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales, y cuando se desempeñen responsabilidades de personas integrantes de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. Se exceptúan las personas funcionarias de la Administración local con habilitación de carácter estatal cuando desempeñen puestos reservados a ellas, que se regirán por su normativa específica, quedando en la situación de servicio activo.
9. Cuando preste servicio en los gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de las ministras y ministros y de las secretarías y secretarios de Estado y no opte por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen.
10. Cuando sea nombrado para cualquier cargo de carácter político de que derive incompatibilidad para ejercer la función pública.
11. Cuando cumpla el servicio militar o la prestación sustitutoria equivalente.



12. Cuando preste servicio en los gabinetes de la Presidencia de la Xunta o de los conselleiros y no opte por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen.
13. Cuando desempeñe puestos de trabajo de carácter directivo en el Gabinete de la Presidencia del Parlamento.
14. Cuando sea adscrito a los servicios del Valedor do Pobo, en los términos previstos en la ley reguladora de dicha institución.
15. Cuando sea nombrado miembro del Consello de Contas de Galicia.
16. Cuando pase a desempeñar los puestos de trabajo de presidenta o presidente, consejera o consejero delegado, directora o director gerente en las sociedades públicas a que hace alusión el artículo 12 de la Ley 11/1992, de 7 de octubre, de Régimen financiero y presupuestario de Galicia, y así lo determine el Consello da Xunta.
17. Cuando sea nombrado como titular de subsecretarías, secretarías generales técnicas o direcciones generales de la Administración general del Estado.
18. Cuando sea nombrado como titular de las subdelegaciones del Gobierno en las provincias o de las direcciones insulares de la Administración general del Estado y no opte por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen.
19. Cuando sea nombrado para desempeñar puestos en las áreas funcionales de la alta inspección de educación, funcionaria o funcionario de los cuerpos docentes o de las escalas en que se ordena la función pública docente.
20. Cuando pase a desarrollar cargos directivos en las empresas públicas, en los entes públicos, en las sociedades o en las fundaciones públicas en que la Xunta de Galicia, directa o indirectamente, participe o aporte más del 50% del capital o del patrimonio, cuando dichos cargos sean designados tras acuerdo del Consello da Xunta de Galicia o por sus propios órganos de gobierno.

La Ley de la Función Pública de Galicia continúa señalando, respecto a los servicios especiales, en su artículo 55, que a las personas funcionarias en esta situación se les computará el tiempo que permanezcan en ella a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos, y tendrán derecho a la reserva de plaza y destino que ocupasen, que podrá ser desempeñada mientras la persona funcionaria esté en situación de servicios especiales, bien en comisión de servicios, bien por personal interino. En todos los casos, percibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como personal funcionario, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarias o funcionarios.

Las Diputadas, Diputados, Senadoras, Senadores y personas integrantes de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas que pierdan tal condición por disolución de las correspondientes Cámaras o finalización del mandato de estas podrán permanecer en la situación de servicios



especiales hasta su nueva constitución.

Lo dispuesto en este artículo 55 relativo al cómputo del tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales, a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos, no será de aplicación a las funcionarias y funcionarios públicos que, tras haber ingresado al servicio de las instituciones comunitarias europeas o al de entidades y organismos asimilados, ejerzan el derecho de transferencia establecido en el artículo 11.2 del anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas, aprobado por el Reglamento 259/1968 del Consejo, de 29 de febrero, modificado por el Reglamento 571/1992, del Consejo, de 2 de marzo, sin perjuicio de los efectos económicos que puedan derivar de los ascensos y trienios consolidables hasta el momento del ejercicio de este derecho.

Como ya se señaló en el apartado del grado personal, la Administración Pública velará para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional del personal funcionario público que haya sido nombrado alto cargo, miembro del poder judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios, o que haya sido elegido alcaldesa o alcalde, retribuido y con dedicación exclusiva, presidenta o presidente de diputaciones o instituciones equivalentes, diputada, diputado, senador o senadora de las Cortes Generales y miembro de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Como mínimo, este personal funcionario recibirá el mismo tratamiento en la consolidación del grado y en el conjunto de complementos que lo que se establezca para quienes hayan sido Directora o Director general y otros cargos equivalentes o superiores de la correspondiente Administración Pública.

Este apartado 4.º del artículo 55 fue incluido en la antigua Ley 4/1988, de 26 de mayo, por la modificación efectuada por la Ley 13/2007, de 27 de julio. Esta modificación se realizó en consonancia con lo establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 87.3º), que señala además que quien se encuentre en esta situación de servicios especiales tendrá derecho, por lo menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan. Tendrán, asimismo, los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación.

## **2.5. Servicios en otras administraciones públicas**

Esta situación administrativa se regula en el Estatuto Básico en el artículo 88. En este punto hay que tener en cuenta lo establecido en esta norma respecto a la movilidad, en especial lo señalado en el artículo 84.3.º, en el

que se dispone que los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra administración pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto a su administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras administraciones públicas. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en esa Administración.

Respecto a esta previsión hay que tener en cuenta la previsión del artículo 44 de la Ley de la Función Pública de Galicia de integración solo del personal que, mediante transferencia, había pasado a ocupar puestos de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia con carácter definitivo. De conformidad con ello, el personal que había accedido a un puesto de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia con carácter definitivo por concurso o libre designación no se integraba en esta Administración, pero según el Estatuto Básico si este personal cesaba o se suprimía su puesto permanecería en esta Administración.

La modificación de la Ley de la Función Pública de Galicia por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, añade una nueva disposición transitoria, la decimoquinta, que indica que el personal funcionario de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales que, en el momento de la entrada en vigor de esta disposición, se encuentre ocupando un puesto con carácter definitivo en esta Administración, en virtud de los sistemas de provisión de concurso o de libre designación establecidos en el artículo 29, o bien se encuentre en la situación prevista en el artículo 65.4.º, como consecuencia de una destitución de un puesto provisto por libre designación o por alteración del contenido o supresión del puesto, que hubiese ocupado con carácter definitivo, se integrará en el correspondiente cuerpo o escala de esta Administración, con efectos de la entrada en vigor de esta disposición.

La situación administrativa de servicios en otras administraciones públicas viene regulada en la Ley de la Función Pública de Galicia en el artículo 56. Este artículo dispone que las personas funcionarias de la Comunidad que, por medio de los sistemas de concurso, de libre designación, transferencia o adscripción provisional, en su caso, pasen a ocupar puestos de trabajo en otras administraciones públicas se someterán al régimen estatutario vigente en la administración en que estén destinadas y les será aplicable la legislación en materia de Función Pública de esta, pero conservarán su condición de funcionarias o funcionarios de la Comunidad en situación de servicio en otras administraciones públicas. En el supuesto de estar incurso en expediente disciplinario, la imposición de la sanción de separación del servicio les corresponderá a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma.

## **2.6. Excedencia voluntaria**

El artículo 57 de la Ley de la Función Pública de Galicia regula estos supuestos de excedencia voluntaria:

### **2.6.1. Por prestación de servicios en el sector público**

El apartado 1.º del artículo 57 de la Ley de la Función Pública de Galicia, que es el que regula esta excedencia, fue modificado por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades, procede declarar, de oficio o por solicitud de la persona interesada, en esta situación:

- a) al personal funcionario de carrera que acceda, por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas en cualquier administración pública y no le corresponda quedar en otra situación administrativa.
- b) al personal funcionario de carrera que pase a prestar servicios como personal laboral fijo en cualquier administración pública o en organismos, agencias o entidades del sector público. A estos efectos, se consideran incluidas en el sector público las sociedades mercantiles y fundaciones que reúnan los requisitos exigidos por la legislación aplicable según la administración pública a la que estén vinculadas o de la que dependan.

La excedencia regulada en este apartado no es aplicable al personal funcionario de carrera que pase a prestar servicios en cualquier administración pública, organismo, agencia o entidad del sector público como personal funcionario interino o como personal laboral con contrato temporal o declarado indefinido por sentencia judicial firme ni al que pase a prestar servicios en entidades que queden excluidas de la consideración del sector público a efectos de lo previsto en esta letra b).

En estos supuestos, el personal funcionario de carrera será declarado en la situación de excedencia por interés particular, sin que le sea exigible el requisito de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos ni el plazo de permanencia en esa situación.

Las personas que se encuentren en esta situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público no devengarán retribuciones ni les será computable el tiempo que permanezcan en esa situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.

A pesar de esto, en el supuesto regulado en la letra b) anterior, el tiempo de servicios prestados en organismos, agencias o entidades del sector público se computará solo a efectos de antigüedad, una vez que se reingrese al servicio activo.

### **2.6.2. Por interés particular**

Se concederá esta excedencia a toda persona funcionaria que lo solicite por interés particular. Para solicitar el pase a esta situación, será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores y en ella no se podrá permanecer menos de dos años continuados.

Procederá declararla también al personal funcionario público cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, incumpla la obligación de solicitar el reingreso en el plazo establecido reglamentariamente.

Asimismo, será declarado en esta situación, sin que le sean aplicables los plazos de permanencia en ella, el personal funcionario público que preste servicios en organismos o entidades que quede excluido de la consideración del sector público a efectos de la declaración de excedencia voluntaria por incompatibilidad.

Las personas funcionarias que cesasen en la situación de servicios especiales y no solicitasen el reingreso en el servicio activo en el plazo de treinta días desde tal cese, excepto en el supuesto del párrafo *in fine* del artículo 55, serán declaradas en esta situación. Al excedente voluntario por interés particular al que, solicitado el reingreso, no se le conceda por falta de puesto vacante con dotación presupuestaria continuará en la situación de excedencia voluntaria hasta que se produzca este.

Por su parte, el Estatuto Básico regula esta situación en su artículo 89.2.º. Requiere tener prestados servicios efectivos en cualquiera de las administraciones públicas durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores. Añade que, no obstante, las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto podrán establecer una duración menor. La Ley de la Función Pública de Galicia tiene establecido el mismo período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores, pero en la Ley que se te dicte en desarrollo del Estatuto Básico podrá establecerse otro período mínimo.

### **2.6.3. Por agrupación familiar**

El antiguo artículo 55 de la antigua Ley 4/1988 señalaba que se podría conceder esta excedencia, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, a los funcionarios cuando su cónyuge resida en otro municipio

por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral en cualquier administración pública u organismo autónomo. Este apartado fue derogado por la disposición derogatoria única.2 de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, sin perjuicio de la conservación de los derechos reconocidos en la legislación vigente cuando se haya solicitado esta excedencia, y, en particular, del derecho al reingreso, a favor de quien haya solicitado o esté aprovechando tal excedencia en la entrada en vigor de la Ley 2/2007.

El apartado 3 del actual artículo 57 solo recoge que las personas funcionarias excedentes por esta causa no percibirán retribuciones ni les será computado el tiempo permanecido en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

El Estatuto Básico del Empleado Público señala en su artículo 89.3.º que se podrá conceder esta situación administrativa sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las administraciones públicas durante el período establecido a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral hizo en cualquiera de las administraciones públicas, organismos públicos y entidades de derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los órganos constitucionales o del poder judicial y órganos similares de las comunidades autónomas, así como en la Unión Europea o en organizaciones internacionales.

Asimismo, especifica que quien se encuentre en esta situación no devengará retribuciones, ni le será computable el tiempo que permanezca en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación.

#### **2.6.4. Para el cuidado de hijos y familiares**

Las personas funcionarias de carrera tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a tres años, para cuidar cada hija o hijo, tanto cuando sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o en proceso de adopción, que se contará 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 tres años, para el cuidado de una persona familiar que esté a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no se pueda valer por sí misma y no desempeñe actividad retribuida.

El período de excedencia será único por cada persona causante. Cuando una nueva persona causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de esta pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Esta excedencia constituye un derecho individual de las personas funcionarias. En caso de que dos personas funcionarias generaran el derecho a disfrutarla por la misma persona causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de la Seguridad Social que sea aplicable. El puesto de trabajo desempeñado se reservará, cuando menos, dos años. Al transcurrir ese periodo, dicha reserva será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución. Las personas funcionarias en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración. Este último apartado fue modificado en la anterior Ley 4/1988 por la Ley 13/2007.

En este mismo sentido se expresa el Estatuto Básico en su artículo 89.4.º.

#### **2.6.5. Excedencia voluntaria incentivada**

Las personas funcionarias afectadas por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en alguna de las dos fases a que hace referencia el artículo 29.6.º de la Ley de la Función Pública de Galicia podrán ser declaradas, por solicitud suya, en esta situación. Las que se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa como consecuencia de la aplicación de un plan de empleo tendrán derecho a pasar, por solicitud suya, a dicha situación.

Su duración es de 5 años y se impide desempeñar puestos de trabajo en el sector público bajo ningún tipo de relación funcional o contractual, sea esta de naturaleza laboral o administrativa. Si, concluido el plazo no se solicita el reingreso, se pasará automáticamente a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Los que pasen a esta situación tendrán derecho a una mensualidad de las retribuciones de carácter periódico —excluidas las pagas extraordinarias y el complemento de productividad— percibidas en el último puesto de trabajo desempeñado, por cada año completo de servicios efectivos y con un máximo de doce mensualidades. No se podrá conceder la excedencia voluntaria cuando la persona funcionaria esté sometida a expediente disciplinario o pendiente del cumplimiento de una sanción.

#### **2.6.6. Excedencia por razón de violencia de género**

El apartado 6.º del artículo 57 de la Ley de la Función Pública de Galicia, que es el que regula esta excedencia, fue modificado por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre.

Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tienen derecho a solicitar la situación de excedencia sin que les sea exigible el requisito de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos ni un plazo de permanencia en la misma.

Durante los seis primeros meses se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo que se hubiese desempeñado, y se computará dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que resulten de aplicación.

Cuando las acciones judiciales así lo exijan, este período se prorrogará por plazos de tres meses, hasta un máximo total de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, con el fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

Durante los tres primeros meses de esta excedencia, la funcionaria tiene derecho a percibir sus retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hija o hijo a su cargo.

El Estatuto Básico regula esta excedencia en su artículo 89.5.º.

## **2.7. Excedencia forzosa**

El artículo 58 de la Ley de la Función Pública de Galicia dispone que la excedencia forzosa se produce por las siguientes causas:

- a) Cuando se lleve a cabo una reducción de puestos de trabajo de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos y la persona funcionaria afectada por ella no pueda ser adscrita a otro puesto.
- b) Cuando, una vez concluido el periodo de excedencia voluntaria para el cuidado de una hija o hijo, la persona funcionaria solicite el reingreso y no lo pueda obtener por falta de puesto vacante con dotación presupuestaria.
- c) Cuando la persona funcionaria procedente de la situación de suspenso en firme, una vez cumplida la suspensión, solicite el reingreso y no fuera posible concedérselo por falta de puestos vacantes.

Las personas que estén en la situación a) tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas y el complemento de destino inferior en dos niveles a su grado personal, así como al cómputo del tiempo que permanezcan en tal



situación a efectos de trienios y derechos pasivos.

Las que estén en las situaciones b) y c) no tendrán derecho al complemento de destino, pero el tiempo que permanezcan en tal situación les será computado a efectos de trienios y derechos pasivos.

### **2.8. Excedencia forzosa aplicable a las personas funcionarias en expectativa de destino**

El artículo 58 de la Ley de la Función Pública de Galicia regula este tipo de excedencia forzosa en su apartado 2.º. Hay que recordar que el artículo 29.6º dispone que la reasignación de efectivos como consecuencia de un plan de empleo se producirá en tres fases. La tercera de ellas supone el pase de la persona funcionaria afectada a la situación de expectativa de destino.

El artículo 58.2.º establece que las personas funcionarias declaradas en expectativa de destino pasarán a la situación de excedencia forzosa —con las peculiaridades establecidas en este punto— por el transcurso del período máximo fijado para esta, o por el incumplimiento de los deberes determinados por el artículo 59 de la presente Ley. Las que se encuentren en esta modalidad de excedencia forzosa tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hija o hijo a cargo. Se establece la obligación de participar en los concursos convocados, así como la de aceptar los destinos que se les señalen en puestos de características similares, y la de participar en los cursos de capacitación que se les ofrezcan.

No podrán desempeñar puestos de trabajo en el sector público bajo ningún tipo de relación funcional o contractual, sea esta de naturaleza laboral o administrativa. Si obtienen puesto de trabajo en dicho sector pasarán a la situación de excedencia voluntaria regulada en el artículo 57.1.º de la presente Ley (excedencia voluntaria por incompatibilidad).

Pasarán a la situación de excedencia voluntaria por interés particular cuando incumplan las obligaciones a que se refiere este punto.

### **2.9. Expectativa de destino**

El artículo 59 de la Ley de la Función Pública de Galicia regula la situación administrativa de expectativa de destino, a la que hace referencia, como ya se señaló el artículo 29.6.º. Las personas funcionarias en expectativa de destino percibirán las retribuciones básicas, el complemento de destino del grado personal que les corresponda y el 50 % del complemento específico del puesto que desempeñaban al pasar a esta situación.



Se establecen las siguientes obligaciones: aceptar los destinos, en puestos de características similares a los que desempeñaban, que se les ofrezcan en la provincia donde estaban destinadas; participar en los concursos para puestos adecuados a su cuerpo, escala o categoría, situados en la provincia donde estaban destinadas; y participar en los cursos de capacitación a que sean convocados.

El período máximo de duración de la situación de expectativa de destino será de un año; transcurrido este, se pasará a la situación de excedencia forzosa.

A los restantes efectos esta situación se equipara a la de servicio activo.

## **2.10. Suspensión de funciones**

El artículo 60 de la Ley de la Función Pública de Galicia regula la suspensión de funciones, señalando que puede tener carácter provisorio o firme. La persona funcionaria declarada en tal situación quedará privada temporalmente del ejercicio de sus funciones y de los derechos inherentes a su condición.

La suspensión provisoria podrá acordarse preventivamente por un período no superior a 6 meses, durante la tramitación del procedimiento judicial o del expediente disciplinario, por posible comisión de faltas graves, que le instruya a la persona funcionaria la autoridad competente.

Durante el tiempo de suspensión provisoria la persona funcionaria percibirá las retribuciones básicas que le correspondan.

Si la persona funcionaria resultare absuelta en el procedimiento criminal o expediente disciplinario, o si la sanción impuesta fuere inferior a la suspensión, el tiempo de duración de esta se le computará como servicio activo y deberá reincorporarse inmediatamente a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de efectividad de la suspensión.

La suspensión tendrá carácter firme cuando se imponga en virtud de condena criminal o sanción disciplinaria.

A las personas funcionarias en situación de suspensión de funciones con carácter firme no se les reservará la plaza ni el destino.

La regulación del Estatuto Básico se encuentra en el artículo 90.

## **3. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES**

El artículo 103.3.º de la Constitución Española señala que la Ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos. Y el artículo 149.1.º.18) del mismo texto establece que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el régimen estatutario de sus funcionarios, que, en todo caso, garantizarán a los ciudadanos un tratamiento común ante ellas.

La norma que regula el sistema de incompatibilidades es la **Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas**, desarrollada a través del **Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Incompatibilidades**. Con anterioridad, era la Ley de Funcionarios Civiles del Estado la que regulaba las incompatibilidades (artículos 82 a 86).

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 53/1984, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, excepto en los supuestos previstos.

Además, no se podrá percibir, excepto en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles.

En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, públicos o privados, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

La Ley 53/1984 regula en el artículo 2 su ámbito de aplicación, modificado por el Estatuto Básico. Tal como se señala en la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, se incluye en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 53/1984 al personal funcionario y laboral de todos los organismos públicos, fundaciones y consorcios.

A continuación, la Ley 53/1984 regula la compatibilidad con el desempeño de actividades públicas y de actividades personales, para acabar con una serie de disposiciones comunes.

### **3.1 Compatibilidad con el desempeño de actividades públicas**

REGLA GENERAL: Sólo se permite un puesto de trabajo en el sector público.

Tal como establece el artículo 3 de la Ley 53/1984, el personal comprendido en su ámbito de aplicación solo podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos para las funciones docente y sanitaria en los casos a los que se refieren los artículos 5 y 6, y en los que, por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, u órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias. En este último caso, la actividad sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral.

Para el ejercicio de la segunda actividad será indispensable la previa y expresa autorización de compatibilidad, que no supondrá modificación de la jornada de trabajo y horario de los dos puestos y que se condiciona a su estricto cumplimiento en ambos. En todo caso, la autorización de compatibilidad se efectuará en razón del interés público.

Será requisito necesario, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 53/1984, para autorizar la compatibilidad de actividades públicas que la cantidad total percibida por ambos puestos o actividades no supere la remuneración prevista para el cargo de Director General, ni supere la correspondiente al principal, estimada en régimen de dedicación común, incrementada en:

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

La superación de estos límites, en cómputo anual, requiere en cada caso acuerdo expreso del Gobierno, órgano competente de las comunidades Autónomas o pleno de las corporaciones locales, con base en razones de especial interés para el servicio.

Los servicios prestados en el segundo puesto o actividad no se computarán a efectos de trienios ni de derechos pasivos, pudiendo suspenderse la cotización a este último efecto. Las pagas extraordinarias, así como las

prestaciones de carácter familiar, solo podrán percibirse por uno de los puestos, cualquiera que sea su naturaleza.

Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que, con arreglo a esta Ley, resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión (artículo 10). A falta de opción en este plazo se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando.

Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del plazo de toma de posesión, entendiéndose este prorrogado en tanto recae resolución.

### **3.2. Compatibilidad con el desempeño de actividades privadas**

REGLA GENERAL: Se permite compatibilizar con actividades privadas.

Según establece el artículo 11 de la Ley 53/1984, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado.

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

El Gobierno, por Real Decreto, podrá determinar, con carácter general, las funciones, puestos o colectivos del sector público incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales.

En el artículo 12 se establecen las actividades privadas que no se pueden ejercer:

- o El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en los que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Se incluyen en especial las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño de un puesto público.

- o La pertenencia a consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en la que preste sus servicios el personal afectado.
- o El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea su configuración jurídica.
- o La participación superior al 10% en el capital de empresas o sociedades a las que se refiere el punto anterior.

Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas como de prestación a tiempo parcial.

No podrá reconocerse compatibilidad alguna para actividades privadas a quienes se les hubiere autorizado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las Administraciones Públicas (artículo 13).

El ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad. Dichos reconocimientos no podrán modificar la jornada de trabajo y horario del interesado y quedarán automáticamente sin efecto en caso de cambio de puesto en el sector público. Quienes se hallen autorizados para el desempeño de un segundo puesto o actividad públicos deberán instar el reconocimiento de compatibilidad con ambos (artículo 14).

### **3.3. Disposiciones comunes**

El artículo 16.1.º de la Ley 53/1984 (modificado por el punto 2.º de la disposición final tercera del Estatuto Básico) señala que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del artículo 24.b) del Estatuto Básico incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

A estos efectos, la dedicación del profesorado universitario a tiempo completo tiene la consideración de especial dedicación.

Se exceptúan de la prohibición del artículo 16.1.º las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como profesor universitario asociado en los términos del artículo 4.1.º, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a las que se refiere el artículo 6, excepto para el personal docente universitario a tiempo completo.

Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la Ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

Todas las resoluciones de compatibilidad para desempeñar un segundo puesto o actividad en el sector público o el ejercicio de actividades privadas se inscribirán en los registros de personal correspondientes (artículo 18).

Quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades las actividades enumeradas en el artículo 19:

- o Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar.
- o La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la Función Pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine.
- o La participación en tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.
- o La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan, en la forma reglamentariamente establecida.
- o El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de juntas rectoras de mutualidades o patronatos de funcionarios, siempre que no sea retribuido.
- o La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de ellas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
- o La participación ocasional en coloquios y programas de cualquier medio de comunicación social.
- o La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

El incumplimiento de lo establecido será sancionado conforme al régimen disciplinario de aplicación (artículo 20).

Eduarda Varela Castro  
Funcionaria del cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Castillo Blanco, F. A.; Sala Franco, T.; Palomar Olmeda, A; Sánchez Morón, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nueva, S. A., 2007.



# **34. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RÉGIMEN GENERAL. RÉGIMEN ESPECIAL DE CLASES PASIVAS. EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.**



## TEMA 34

### **LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RÉGIMEN GENERAL. RÉGIMEN ESPECIAL DE CLASES PASIVAS. EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.**

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

El sistema español de Seguridad Social está compuesto, por un lado, por el Régimen General, integrado por trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios y asimilados, que está regulado en el Título II del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDL 1/1994, de 20 de junio (LGSS), y por otro lado, por Regímenes Especiales, cuya singularidad se encuentra, según MARTÍN VALVERDE, en su regulación propia y en la distinta acción protectora para un sector diferenciado de la población asegurada. En consecuencia, cada Régimen Especial tendrá su normativa propia, legal o reglamentaria, y se referirá a un colectivo concreto con prestaciones uniformes para sus integrantes.

El artículo 9 LGSS dibuja el mapa o la estructura del Sistema, dividiendo a este, como se ha dicho, en varios regímenes distintos: por una parte, el Régimen General y por otro lado Regímenes Especiales. Es el artículo 10 el que se dedica a Regímenes Especiales establecidos para «aquellas actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos» se haga preciso una regulación especial.

El Régimen Especial de Funcionarios no se constituyó como tal sino que, bajo esa denominación, se mantiene esencialmente el sistema tradicional, basado en una protección mutualista que separa a los funcionarios en razón de la concreta Administración Pública para la que presten servicios en orden a la protección contra las contingencias, comunes o profesionales, que se actualicen durante la pervivencia del

vínculo administrativo, y un mecanismo unificado de protección para los que abandonan el servicio activo, denominado Sistema de Clases Pasivas.

El propósito de homogeneización con el Régimen General de estos instrumentos protectores es cada vez más evidente, y reaparece en la D.A. 62.<sup>a</sup> Ley 2/2008, que concede al Gobierno un plazo de seis meses para proponer «las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social».

El RDL 13/2010, de 3 de diciembre, dispone la integración obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios que accedan a dicha condición a partir del 1 de enero de 2011 y que con anterioridad se hubiesen adscrito al Régimen de Clases Pasivas (art. 20). Este Régimen de Clases Pasivas queda, así pues, destinado a su extinción, aunque se mantiene transitoriamente para regular los derechos pasivos causados y los que en el futuro puedan causar los colectivos adscritos al mismo con anterioridad al 31.12.2010.

Formalmente, el Régimen Especial de Funcionarios se divide en cuatro pilares, que, en nomenclatura legal, reciben también la denominación de Regímenes Especiales, al menos los gestionados por vía mutualista:

- Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.
- Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia.
- Régimen Especial de Funcionarios de las Fuerzas Armadas.
- Régimen de Clases Pasivas.

El Régimen Especial de Funcionarios no alberga a todos los funcionarios públicos sino que muchos de ellos han sido integrados en el Régimen General:

1. Funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a cuerpos o escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas, y altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos, así como funcionarios de nuevo ingreso de las CCAA (art. 97.2 LGSS).
2. Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la CCAA de destino —cualquiera que sea el sistema de acceso—, y en virtud de otras disposiciones complementarias (art. 97.2 LGSS).
3. Funcionarios locales desde el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, que encuadró en dicho Régimen al personal integrado en la MUNPAL, tanto clases activas como pasivas.
4. Funcionarios de organismos autónomos, ya desde el 1 de enero de 1967.
5. Funcionarios interinos nombrados con posterioridad al 1 de enero de 1965 (los nombrados con anterioridad han continuado en el Sistema de Clases Pasivas) y funcionarios de empleo (Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre y Orden de 28 de abril de 1967), excepto los que puedan incorporarse a uno de los tres regímenes de funcionarios.
6. El personal estatutario de los servicios de salud, a pesar de contar con un vínculo calificado expresamente como «relación funcional especial» (art. 1 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco de este personal), está incluido en el campo de aplicación del Régimen General [art. 17.1 i) Ley 55/2003].
7. El personal de administración y servicios de las universidades, bien por su condición de trabajadores asalariados, bien por su condición de funcionarios públicos excluidos del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado [art. 3.2.h) RDL 4/2000].
8. El personal de carácter temporal de la Administración de Justicia mencionado en el RD 960/1990, de 13 de julio.

9. El personal funcionario y no funcionario de organizaciones intergubernamentales al que se permite celebrar un convenio especial.
10. El personal contemplado en el art. 2.1 del RD 670/1987 que acceda a la condición de funcionario a partir del 1 de enero de 2011 (RDL 13/2010 ).

## **II. RÉGIMEN GENERAL**

Puede entenderse referido al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.

### **1.-Campo de aplicación**

Están obligatoriamente comprendidos en este Régimen Especial:

- a) Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado (art. 3 RDL 4/2000).
- b) Los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado, que deberán afiliarse a la MUFACE con efectos del día de inicio del periodo de prácticas, salvo que ya tuviesen la condición de mutualistas (art. 3 RDL 4/2000); causarán baja si no llegan a alcanzar la condición de funcionarios de carrera (art. 13 RD 375/2004).
- c) La Disposición Adicional (DA) 1.<sup>a</sup> del RDL 4/2000 contempla una serie de inclusiones específicas referidas a colectivos que prestaban servicios como funcionarios con anterioridad a su incorporación al Régimen General, o que sufrieron la desaparición del ente administrativo para el cual desarrollaban su actividad.
- d) Los funcionarios procedentes del extinguido Servicio de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales (art. 3.d) del RD 375/2003).
- e) Los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos del Servicio de Vigilancia Aduanera (art. 56.14 Ley 66/1997, de 30 de diciembre, apartado añadido por el art. 48.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre).
- f) Los profesores universitarios que alcancen la condición de funcionario público están comprendidos en este Régimen Especial. Los profesores con contrato administrativo o laboral, sean asociados o

visitantes, y los funcionarios de empleo interinos deberán proceder al alta en el Régimen General (DA 22.ª LO 6/2001 y DA 1.ª 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 (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. El tipo para 2011 es el 1,69 por 100 (art. 133.1 de la Ley 39/2010 ). 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). En cuanto a la aportación del Estado, para el año 2011 el tipo aplicable al haber regulador es el 4,92 por 100; el 4,64 corresponde a la aportación del Estado por activo y el 0,28 a la aportación por pensionista exento de cotización (art. 133 Ley 39/2010).

## **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 y farmacéutica 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.ª 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) Durante los primeros tres meses el funcionario tiene derecho a la plenitud de derechos económicos.

b) 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.

**c) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural**

Estas situaciones se contemplan en los arts. 99, 100 y 101 de la Legislación General del Mutualismo Administrativo, en la redacción dada por el RD 2/2010, de 8 de enero. 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 en el art. 94 de la legislación, 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 (art.

103.3 en relación con el art. 110 b) RD 375/2003). 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 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).

## **Protección a la familia**

El Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado concede prestaciones familiares 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).

### **III.- RÉGIMEN ESPECIAL DE CLASES PASIVAS**

Tras la integración obligatoria de los funcionarios públicos y de los demás colectivos que se relacionan en el art. 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas —a excepción de lo contemplado en la letra i)— en el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen de Clases Pasivas queda configurado como un mecanismo público de protección transitoria para los previamente incorporados, destinado a extinguirse con el paso de los años (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre y DT 4.<sup>a</sup> 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.

b) Los funcionarios interinos nombrados con anterioridad al 1 de enero de 1965.

- c) Los funcionarios transferidos a las CCAA que no deban incorporarse al Régimen General.
- d) 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.
- e) 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.
- f) El personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas; los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares (RD 1234/1990, 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).
- g) 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.

**C)** 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. 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 (art. 3.1 RD 851/1992).

## **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).

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 (art. 38.2 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 33.2 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).

#### **IV.- 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 29 de abril]), oficiales, auxiliares, agentes y médicos forenses, así como los funcionarios en prácticas al servicio de la Administración de Justicia (art. 2 RDL 3/2000).

## **2.-Gestión**

Este Régimen Especial está gestionado por la Mutualidad General Judicial (MUGEJU), que es un organismo público, adscrito al Ministerio de Justicia, con personalidad jurídica pública diferenciada y patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Su régimen jurídico se contiene en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La MUGEJU disfrutará del mismo tratamiento fiscal que el Estado y en el RD 1206/2006, de 20 de octubre, se regula la composición y funciones de sus órganos de gobierno, administración y representación.

## **3.-Actos de encuadramiento**

Se prevé la incorporación obligatoria a la MUGEJU de los funcionarios incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial que se encuentren en situación de servicio activo o en prácticas, excedencia forzosa, excedencia para el cuidado de hijos, servicios especiales o suspensión de funciones (art. 9.1 RDL 3/2000). La afiliación puede producirse de oficio o a instancia de parte (arts. 29 y ss. RD 3283/1978).

Los jubilados se mantienen en el campo de aplicación de este Régimen Especial, salvo que se produzca renuncia expresa (art. 9.2 RDL 3/2000).

Pueden mantener el alta voluntaria en la MUGEJU tras la pérdida de la condición de funcionario o en situación de excedencia voluntaria quienes así lo soliciten y satisfagan a su cargo tanto las cuotas como la aportación del Estado (art. 9.3 RDL 3/2000).

#### **4.-Cotización**

La cotización sigue las mismas pautas que en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado. La base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos. El tipo para 2011 es del 1,69 por 100 y la cuantía de la aportación del Estado ascenderá al 4,65 por 100 de los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos. De este último tipo, el 4,64 corresponde a la aportación del Estado por activo y el 0,01 a la aportación por pensionista exento de cotización (art. 133 Ley 39/2010).

La recaudación se efectúa mediante la oportuna retención en el momento del pago. Los mutualistas en situación de supernumerario, excedencia voluntaria, uso de licencia sin derecho a sueldo, pensionistas y jubilados deben ingresar las cuotas directamente dentro del mes siguiente al devengo (arts. 44 y 45 RD 3283/1978).

#### **5.- Acción protectora**

Este Régimen Especial concede las siguientes prestaciones (arts. 11 y 12 RDL 3/2000):

##### **a) Asistencia sanitaria**

Esta prestación se prestará «con la extensión y alcance determinado o que se determine en el Régimen General de la Seguridad Social» (art. 16 RDL 3/2000). La MUGEJU puede prestar asistencia sanitaria directamente o mediante concierto (art. 17 RDL 3/2000). Los conciertos suelen renovarse anualmente; el actual se publicó por Resolución de 12 de enero de 2010. Tienen derecho a esta prestación los mutualistas, jubilados y beneficiarios ante una alteración de su salud, así como el cónyuge superviviente y huérfanos de mutualistas activos o jubilados, siempre que no tengan derecho por sí mismos a esa prestación en otro Régimen del Sistema (art. 15 RDL 3/2000).

##### **b) Incapacidad temporal**



El Régimen jurídico de esta prestación es muy similar al de la incapacidad temporal de funcionarios civiles del Estado. Se regula, con carácter general, en los arts. 18, 19 y 20 del RDL 2/2000.

En el Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia se encontrará en situación de incapacidad temporal el funcionario en activo que obtenga la correspondiente licencia por enfermedad o accidente que impida el normal desempeño de sus funciones. La duración de la primera y sucesivas licencias será la del tiempo previsible para la curación y con el máximo de un mes cada una de ellas (art. 19 RDL 3/2000 ).

El plazo para considerar si se produjo recaída o, por el contrario, debe comenzar una nueva situación de IT es de un año (art. 19.2 RDL 3/2000). La duración y extinción de la situación de incapacidad temporal serán las mismas que las del Régimen General de la Seguridad Social (art. 20.4 RDL 3/2000). Si la enfermedad o accidente provocan secuelas definitivas se iniciará el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio (art. 19.3 RDL 3/2000). El derecho al subsidio se extingue por transcurso del plazo máximo de veintisiete meses desde el inicio de la IT.

Respecto a los derechos económicos, y a diferencia del resto de regímenes de funcionarios, en el Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia se conserva la plenitud de derechos económicos durante los primeros seis meses del periodo de IT [(art. 20.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, siempre que no supere el importe de lo percibido en el primer mes de licencia (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.

### **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).

El porcentaje de cotización y aportación del personal militar en activo y asimilado en el ISFAS se fija para 2011 en el 1,69 por 100, mientras que la aportación del Estado ascenderá al 10,01 por 100 (el 4,64 corresponde a la aportación del Estado por activo y el 5,37 a la aportación por pensionista exento de cotización) de los haberes reguladores a efectos de cotización de Derechos Pasivos.

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, con el límite de lo percibido durante el primer mes de licencia:

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).



Fernando Francia Somalo

## 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 CARDÓ, 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.

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

## **TEMA 35**

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

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **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 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 ne 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 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.



## **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.

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.

**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*. 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 radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa, ha señalado la doctrina que «tanto que estamos ante una resolución caprichosa, mas estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada».

**4.2 Comisión por omisión.** El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 ha admitido la comisión por omisión del delito de prevaricación. La jurisprudencia ha partido de la consideración de la prevaricación del artículo 404 como delito de mera actividad para castigar al sujeto que con su omisión manifiesta un resultado típico a través de un equivalente a la acción.

**4.3 Otros comportamientos injustos.** Son las figuras castigadas en los artículos 405 y 406:

**Artículo 405.** A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa y suspensión de empleo o cargo público.

**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.

**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 des u destino con el propósito de no impedir o no perseguir delitos.
- 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,
- Promover, dirigir u organizar el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un 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.

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.

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.

## **7 Denegación de auxilio.**

Esta figura, castigada en el artículo 412, engloba dos formas de denegación 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. 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.

## **8 Infidelidad en la custodia de documentos.**

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.

**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.

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.

### **10.1 Pasivo.**

- **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.** Merece indicarse que el Código Penal incluye a estos efectos entre funcionarios públicos españoles de los comunitarios o 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**

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.

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.

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.

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. 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**

Por su parte, 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.

**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.

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.

## **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 suple 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.

**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 público o 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.

## **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 otros derechos individuales.**

**2.1 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.

**2.2 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.

**2.3 Prohibición o disolución de reuniones.** El derecho de reunión se encuentra constitucionalmente amparo 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.

**2.4 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.

**2.5 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.

Antonio Roma Valdés

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

## **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

# **36. PERSONAL LABORAL. EL CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DEL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA.**

## **TEMA 36**

### **PERSONAL LABORAL. EL CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DEL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA**

#### **1.PERSONAL LABORAL**

##### **1.1. INTRODUCCIÓN**

La 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) define en su artículo 8 a los empleados públicos como aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, estableciendo su clasificación en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual.

Por su parte, el artículo 11 del EBEP, define al personal laboral como aquel que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas, y que serán las Leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo las que establezcan los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por este personal.

En el ámbito autonómico, el Decreto legislativo 1 /2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (en adelante, TRLFPG), define al personal laboral como aquel que en virtud de contrato de naturaleza laboral, que se deberá formalizar, en todo caso, por escrito, ocupe puestos de trabajo destinados a personal de esta naturaleza o bien, con carácter excepcional, puestos reservados a personal funcionario (art. 10)

Esta misma norma, en relación a los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por este personal, después de establecer la regla general de que los puestos de trabajo de la Administración autonómica sean desempeñados por funcionarios públicos, relaciona los siguientes puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral (art. 27.2):

- Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos en cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

- Los puestos en los que sus actividades sean propias de oficios.
- Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios en los que sus miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.
- Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de áreas de expresión artística.
- Los puestos de trabajo de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, salvo aquellos que impliquen ejercicio de la autoridad, inspección o control correspondiente a la Consellería a la que estén adscritos, que se reserven a funcionarios.
- Los de prestación directa de servicios sociales y protección de menores.

## **1.2 RÉGIMEN JURÍDICO:**

De acuerdo con el art.7 del EBEP, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del Estatuto que así lo dispongan.

En los mismos términos se pronuncia el TRLFPG, al establecer en su art. 3 que el personal laboral se regirá por la legislación laboral y por los preceptos de la misma ley que le sean aplicables.

De conformidad con estas previsiones, podemos citar las siguiente normativa aplicable

### **a) Normas de Derecho Laboral.**

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
- Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el derecho de huelga, el cierre patronal y los conflictos colectivos.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Convenios Colectivos aplicables a cada ámbito personal. Merece destacarse, por su ámbito personal, el V Convenio Colectivo único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia.
- El contrato individual de trabajo que pueda formalizarse en cada caso.

b) Normas de Derecho Administrativo.

- EBEP.
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- TRLFPG.
- Decreto 95/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de selección de Personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

## **2. EL CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DEL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA.**

El actual Convenio Colectivo único vigente (en adelante, Convenio, simplemente), del personal laboral de la Xunta de Galicia, es el Quinto de su historia y ha sido inscrito en el Registro General de Convenios y publicado por Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de 20.10.08 (DOG nº 213 de 4 de noviembre).

### **Sistemática:**

Capítulo I: Ámbito del Convenio.

Capítulo II: Órgano de vigilancia.

Capítulo III: Estabilidad en el empleo e incompatibilidades.

Capítulo IV: Provisión de vacantes y acceso a la condición de personal laboral.

Capítulo V: Organización y dirección del trabajo.

Capítulo VI: Jornada, horario de trabajo, descanso y vacaciones.

Capítulo VII: Licencias y excedencias.

Capítulo VIII: Condiciones económicas.

Capítulo IX: Beneficios sociales.

Capítulo X: Seguridad e higiene.

Capítulo XI: Movilidad.

Capítulo XII: Derechos sindicales.

Capítulo XIII: Régimen disciplinario.

12 disposiciones transitorias, 18 disposiciones adicionales y 5 anexos, en los que, entre otros aspectos, se establecen las retribuciones básicas de cada grupo, los grupos y categorías profesionales o el catálogo de permisos y licencias.

### **2.1. ÁMBITO DEL CONVENIO (CAPÍTULO I)**

#### **Ámbito subjetivo:**



Personal incluido: aquel que, sujeto a la legislación laboral, preste sus servicios bajo la dependencia de la Xunta de Galicia y de la de sus organismos autónomos, así como el personal laboral que con posterioridad a la publicación del Convenio pase a depender de los mismos (art. 1.1 y 1.2.)

Personal expresamente excluido (art.1.3):

- a) Altos cargos contratados de acuerdo con el artículo 21 del Estatuto de los trabajadores y demás normas concordantes.
- b) Todas aquellas personas físicas vinculadas con la Xunta de Galicia por contrato no laboral de prestación de servicios, sea de naturaleza civil o mercantil.
- c) El personal experto docente de formación ocupacional, de escuelas taller y de talleres de empleo.
- d) Los artistas de espectáculos públicos del IGAEM.

### **Ámbito temporal y prórroga.**

El art.2 del Convenio dispone su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el DOG: 4 de noviembre de 2008, y establece que los efectos económicos tendrán efectos retroactivos al 1 de enero de 2008 y serán revisados anualmente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de presupuestos para la Comunidad Autónoma de Galicia.

Su vigencia terminará el 31 de diciembre de 2009, si bien se prevé una prórroga automática si al final de ese plazo no se produjera la denuncia escrita de una de las dos partes dentro de los tres últimos meses de vigencia. En tal supuesto, la comisión negociadora debería reunirse dentro de los 20 días siguientes a la denuncia, y mientras se negociara otro convenio, quedaría prorrogado el actual hasta la aprobación del nuevo texto.

## **2.2. ÓRGANO DE VIGILANCIA (CAPÍTULO II)**

El Convenio crea en su art. 3 una Comisión paritaria de vigilancia, control e interpretación, que entenderá de su aplicación.

**Constitución:** el mismo art. la ordena en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la publicación del Convenio y dispone la comunicación por escrito de la relación de miembros que la componen al secretario de la comisión negociadora en el plazo de 5 días a partir de su firma.

**Composición:** está formada por un número de representantes, tanto por parte de los trabajadores como de la Administración de la Xunta de Galicia, equivalente al número de consellerías existentes más uno.

**Acuerdos:** los acuerdos se tomarán por unanimidad y vincularán a ambas partes en los mismos términos que el Convenio, incorporándose al mismo como anexo.

**Competencias:** le corresponden a este órgano funciones como, entre otras, la interpretación de todo el articulado o cláusulas del convenio, la vigilancia de lo pactado, o la facultad de conciliación previa en aquellas cuestiones que le sean sometidas de común acuerdo por las partes.

### **2.3. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO E INCOMPATIBILIDADES (CAPÍTULO III)**

#### **Principio de estabilidad en el empleo:**

El Convenio recoge en su art. 4 el principio de estabilidad en el empleo, de acuerdo con el cual, los contratos de trabajo se entenderán pactados por tiempo indefinido, con las excepciones legalmente establecidas.

#### **Incompatibilidades:**

El art. 5 del Convenio sujeta al personal laboral de la Xunta al régimen de incompatibilidades de acuerdo con las normas estatales y autonómicas sobre la materia (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas y Real decreto 598/1985, de 30 de abril) y somete a dicho régimen la percepción de los complementos retributivos que se prevén en el art. 26.

### **2.4. PROVISIÓN DE VACANTES Y ACCESO A LA CONDICIÓN DE PERSONAL LABORAL (CAPÍTULO IV)**

#### **Provisión definitiva: concurso de traslados y libre designación.**

##### **a) Concurso.**

El concurso de traslados constituye el sistema normal de provisión y previsiblemente será convocado anualmente.

Convocatoria: la provisión mediante concurso se realizará después de convocatoria pública del Conselleiro competente en materia de función pública, en la que se hará constar las vacantes que se ofertan y requisitos para su desempeño, una única fase de resultados, el baremo de méritos aplicable a cada convocatoria, los requisitos de los interesados y la preferencia en los resultados de los trabajadores que hagan constar razones de reunificación familiar en su solicitud y que lo justifiquen adecuadamente.

Resolución: corresponde a una o varias comisiones de valoración, nombradas por el Conselleiro competente en materia de función pública, compuestas por un/una presidente/a, que será la persona titular de la Dirección General de la Función Pública o persona en quien delegue; un/una secretario/la, con voz y sin voto, y un máximo de cinco vocales.

La resolución, al igual que la convocatoria, será publicada en el DOG por la consellería competente en materia de función pública u órgano en que aquella delegue.

Los traslados derivados de la participación en un concurso tendrán en todo caso carácter voluntario y, en consecuencia, no generarán derecho a la percepción de indemnización alguna.

Remoción: el personal laboral que ocupe puestos de trabajo obtenidos por concurso podrá ser removido de ellos por desaparición del puesto como consecuencia de una modificación de la relación de puestos de trabajo correspondiente, o por falta de capacidad para el suyo desempeño manifestada por rendimiento insuficiente que no componerte inhibición.

Concurso permanente: con la finalidad de hacer efectivos los concursos anuales del personal laboral, el Convenio prevé la implantación de un concurso de traslados permanentemente abierto con una periodicidad mínima semestral, en el que se ofertarán las vacantes a medida que se vayan produciendo, y a las que podrán concurrir todos aquellos laborales fijos de la Xunta de Galicia que pertenezcan al mismo grupo y posean la titulación y demás requisitos indispensables para el desempeño del puesto de trabajo.

## **b) Libre designación.**

Se proveerán por el sistema de libre designación puestos de trabajo que, en atención a su naturaleza, así se determine en la correspondiente RPT.

Supuestos: sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de trabajo de directores/las y subdirectores/as de centros y responsables de área, los puestos del personal destinado en la residencia oficial del presidente de la Xunta de Galicia, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que, excepcionalmente, así se determine en las relaciones de puestos de trabajo con los mismos criterios que se sigue para este tipo de puestos en el ámbito de la función pública de Galicia.

Convocatoria: corresponde a la Consellería respectiva y deberá ser publicada en el Diario Oficial de Galicia, conteniendo, entre otros posibles extremos, los puestos convocados y requisitos requeridos para su desempeño, el plazo para la presentación de instancias y los requisitos que deben reunir los interesados.

Remoción: el personal que sea destinado a un puesto de libre designación podrá ser removido de él con carácter discrecional.

## **Provisión temporal o provisional.**

Los puestos de trabajo reservados al personal laboral de la Xunta de Galicia podrán proveerse, con carácter temporal o provisional, con personal laboral fijo. Esta cobertura será provisional, debiendo ser incluidos estos puestos necesariamente en el primer concurso de traslados que se convoque.

### **a) Adscripción temporal.**

Puede emplearse para la cobertura de puestos de trabajo vacantes, cuando su provisión se considere urgente e inaplazable. Se requiere:

El trabajador deberá pertenecer a la misma categoría y reunir los requisitos que exija la correspondiente relación de puestos de trabajo.

En todo caso, la adscripción tendrá carácter voluntario y una duración máxima de un año prorrogable por otro si persisten las circunstancias que la motivaron.

### **b) Adjudicación de puesto a trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total.**

Cuando un trabajador sea declarado por el órgano competente en situación de incapacidad permanente total, podrá adjudicársele un puesto compatible con su nueva situación y respecto del cual el interesado cumpla con los requisitos fijados en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Los puestos cubiertos tendrán, en todo caso, naturaleza de cobertura definitiva.

### **Contratación de personal laboral temporal.**

Los puestos de trabajo vacantes que no se provean por trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total y cuya provisión se considere necesaria podrán cubrirse mediante la contratación de personal laboral temporal. Para la contratación de este personal laboral no podrá acudir a las empresas de trabajo temporal.

#### Procedimiento:

- Se llamará, según la categoría de que se trate, al primer aspirante de la lista elaborada al amparo del Decreto 37/2006, de 2 de marzo, o del sistema de contratación temporal vigente en cada momento.
- De no existir listas elaboradas al efecto, se solicitará de la oficina pública del Servicio Público de Empleo, de modo genérico, un mínimo de tres trabajadores en situación de desempleo, por cada una de las vacantes que se pretenda cubrir. Asimismo, en el tablón de anuncios de la consellería o centro de que se trate, se le dará publicidad a la citada petición, en la que deberá constar el número de plazas, los requisitos a cumplir y el plazo de presentación de instancias. La composición del órgano de selección será la contemplada para los procedimientos de selección y será el tribunal, una vez constituido, quien aprobará las bases de la convocatoria que regirá el proceso de que se trate. En la selección se aplicará el baremo que figura como anexo 111 del convenio.

### **Acceso a la condición de laboral fijo.**

El acceso a las distintas categorías de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia se realizará, previa convocatoria pública, mediante concurso-oposición, que consistirá en la superación de las pruebas correspondientes

así como en la posesión previa, debidamente valorada, de determinadas condiciones de formación, méritos o niveles de experiencia.

En todo caso, para superar el proceso selectivo, será necesario superar la fase de oposición.

Convocatorias: se incluirán, en todo caso, los siguientes extremos: número de vacantes ofertadas por categorías y requisitos que deben reunir los aspirantes; número de vacantes que se reservan para el turno de promoción interna; sistema de selección, forma de desarrollo de las pruebas y valoración; baremo de méritos aplicable; composición del tribunal, y plazo para la presentación de instancias.

Competencia: El órgano competente para convocar las pruebas de acceso será la consellería competente en materia de función pública; las bases de las convocatorias se negociarán dentro de la comisión paritaria.

Promoción interna: en las convocatorias deberá reservarse un mínimo del 50% de las vacantes ofertadas para cubrir por el turno de promoción interna. Para participar en este turno los interesados deberán reunir los siguientes requisitos:

- Poseer al menos dos años de antigüedad en la categoría desde la que se accede.
- Pertenecer a una categoría integrada en el grupo inmediato superior o inferior al que se pretende acceder, para el supuesto de promoción interna vertical, o del mismo grupo para la promoción interna horizontal.
- Los demás que, con carácter general, se fijen en la correspondiente convocatoria.

Los aspirantes del turno de promoción interna tendrán convocatorias distintas y separadas y serán eximidos de algunas de las pruebas previstas para el turno libre. Las vacantes no cubiertas por este turno se acumularán al turno de acceso libre.

Tribunales de selección: serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros y paridad entre mujeres y hombres. Estarán formados por un número no superior a siete miembros, todos con voz y voto, que deberán poseer una titulación académica de igual o superior nivel a la solicitada como requisito a las personas aspirantes. El personal de elección o de designación política, los/las funcionarios/as interinos/las, los/las laborales temporales y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

La pertenencia a estos órganos será siempre a título individual, no en representación o por cuenta de nadie.

Los miembros de estos tribunales están en todo caso sujetos al régimen de abstención y recusación recogido en el artículo 28 de la Ley de régimen

jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Resolución:

Concluido el proceso selectivo, el tribunal remitirá al órgano convocante la propuesta de aspirantes que lo superaron para que éste la eleve a definitiva, la publique en el DOG y proceda a su nombramiento.

En dicha resolución podrán incluirse los puestos vacantes que se les oferten a las personas aspirantes que superaron el proceso selectivo, con indicación de los requisitos necesarios para el suyo desempeño, en cuyo caso en la resolución de nombramiento se incluirá el destino adjudicado a cada aspirante

En caso distinto, el órgano convocante resolverá y publicará en el DOG el nombramiento como personal laboral de la Xunta de Galicia en la categoría que corresponda una que haya transcurrido el plazo otorgado a los aspirantes para presentar la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos señalados en la convocatoria.

La adjudicación de puestos se realizará de acuerdo con el orden de prelación obtenido en el proceso, teniendo preferencia las personas aspirantes provenientes del turno de promoción interna y, dentro de estos.

Los puestos de trabajo adjudicados tendrán naturaleza de destino definitivo.

Toma de posesión: concluido el procedimiento, el personal nombrado laboral fijo dispondrá del plazo de un mes para tomar posesión de su destino.

Período de prueba: será el siguiente:

- Para las categorías incluidas en los grupos I y II, tres meses.
- Para las categorías incluidas en el grupo III, dos meses.
- Para las categorías incluidas en los grupos IV y V, un mes.

Durante el período de prueba el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones que el personal fijo de la plantilla de su misma categoría profesional, excepto los derivados de la resolución de relación laboral, que se podrá producir a petición de cualquiera de las partes durante su transcurso. Las situaciones de IT interrumpen el período de prueba. En caso de que no se supere el período de prueba, la Administración se lo notificará al trabajador por escrito motivado, dando conocimiento al comité de empresa o a los delegados de personal. La rescisión durante este período no dará derecho a indemnización ninguna.

## **2.5. ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DEL TRABAJO (CAPÍTULO V)**

### **Trabajos de superior e inferior categoría:**

Además de los requisitos establecidos para la movilidad funcional, regulada en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, se tendrán en cuenta los siguientes principios:

- La realización de trabajos de categoría superior o inferior responderá a necesidades excepcionales y perentorias y durará el tiempo mínimo imprescindible.
- En todo caso, tendrán preferencia los trabajadores del centro de trabajo, a los cuales se les tendrán en cuenta los requisitos establecidos para la promoción interna y los ascensos
- A ser posible, se le comunicará al trabajador, por escrito, con 48 horas de antelación y, en todo caso, con anterioridad al inicio del cambio de puesto de trabajo.

#### Funciones de categoría superior

La ocupación de un puesto de trabajo en régimen de desempeño de funciones de categoría superior no podrá exceder, con carácter general, de seis meses consecutivos o diez alternos.

La realización de estas funciones requerirá autorización expresa, o ratificación posterior en casos de urgencia, de la Dirección General de la Función Pública.

En todo caso, el simple desempeño de una categoría superior no consolidará el salario ni la categoría superior ni tendrá la consideración de mérito para el acceso por el turno de promoción interna. Los puestos ocupados por este sistema se incluirán necesariamente en el primer concurso de traslados que se convoque, excepto que la plaza se encuentre reservada a su titular.

#### Funciones de categoría inferior

El trabajador sólo podrá realizar trabajos de la categoría inmediatamente inferior a la suya durante un sólo período no superior a treinta días consecutivos. Transcurrido este período, el trabajador no podrá volver a ocupar un puesto de categoría inferior hasta que transcurra un año.

Al personal que realice trabajos de inferior o superior categoría se le respetarán las condiciones más favorables y beneficiosas, tanto salariales como laborales, sin que en ningún caso se les disminuyan sus percepciones económicas.

#### **Organización del trabajo.**

La organización del trabajo es facultad de la Xunta de Galicia y su aplicación práctica corresponde a los titulares de las distintas unidades orgánicas, sin perjuicio de los derechos y facultades de audiencia e información reconocidos al personal.

#### **Permutas**



Las permutas o rotaciones de puesto de trabajo entre dos o más trabajadores/as del personal fijo se podrán conceder cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que cuenten con más de un año de servicios continuados en la Administración.
- Que tengan idénticas categorías laborales.
- Que les falten a los/as trabajadores/las más de cinco años para la jubilación.
- Que se emita informe previo favorable de las jefaturas respectivas y del comité de empresa o Comité Intercentros cuando afecte a más de un comité de empresa.

En el plazo de dos años a partir de la concesión de una permuta o rotación no se le podrá autorizar otra a cualquiera de los/las interesados/as.

La concesión de la permuta o rotación no dará derecho al pago de gastos ni de indemnizaciones de ninguna clase.

## **2.6. JORNADA, HORARIO DE TRABAJO, DESCANSO Y VACACIONES (CAPÍTULO VI)**

### **Jornada de trabajo.**

Como regla general, la jornada de presencia y trabajo efectivo será de 37 horas y 30 minutos semanales, de lunes a viernes, de forma continuada en términos generales en turnos de mañana, tarde o noche, excepto en aquellos centros en que, por la naturaleza de sus funciones, se haga necesaria la jornada partida. La jornada máxima anual será de 1.665 horas. No tendrán naturaleza de horas extraordinarias aquellas que, excediendo de las 37,30 horas semanales, no superen las 1.665 horas anuales.

No obstante, la dirección de cada centro y los representantes de los trabajadores podrán negociar un horario o una jornada distinta cuando lo consideren necesario por sus peculiaridades específicas y cuenten con la autorización previa de la consellería de la que depende.

### **Descanso y festivos**

#### Descanso semanal.

Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de dos días ininterrumpidos que, con carácter general, abarcará el sábado y el domingo, salvo en aquellos centros en que sea necesaria la prestación de servicios esos días, en cuyo caso se podrán establecer las previsiones necesarias para que los trabajadores disfruten del descanso semanal anticipadamente.

#### Domingos

Un domingo inhabilita, como mínimo, para trabajar el domingo siguiente.

#### Festivos.



Los trabajadores librarán la mitad de los domingos y festivos en cómputo anual. Para los servicios que haya que prestar necesariamente en domingos y festivos se establecerá un descanso adicional del 75% del tiempo de prestación, excepto los específicamente contratados para el fin de semana a los que se les compensará económicamente a mayores con el 75% del salario bruto/día, por cada domingo o festivo.

Además, salvo necesidades del servicio, todo el personal laboral vinculado a este convenio disfrutará como descanso los días 24 y 31 de diciembre.

### **Vacaciones.**

Todo el personal con un año mínimo de servicios tendrá derecho a unas vacaciones retribuidas de duración igual a la del mes natural en que se disfruten u optar por la modalidad de 22 días hábiles en períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos. De no llevar un año de servicios, se disfrutarán las vacaciones en proporción a los días trabajados.

Ambas modalidades se disfrutarán preferentemente entre el 1 de julio y el 30 de septiembre y su distribución se hará por acuerdo entre la dirección del centro y la representación del personal, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la naturaleza específica de los centros y su correcto funcionamiento.

A dichos períodos vacacionales se sumará un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio y uno más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un máximo de cuatro.

## **2.7. LICENCIAS Y EXCEDENCIAS (CAPÍTULO VII)**

### **Licencias y permisos con sueldo**

Con la finalidad de establecer un único régimen en la Xunta de Galicia, el Convenio extiende al personal laboral al que resulta de aplicación el régimen de permisos y licencias vigente para lo personal funcionario derivado de la regulación establecida en el EBEP, en el TRLFPG y en la Ley 7/2004, del 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, modificada por la Ley 2/2007, del 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia.

No obstante, respeto al permiso para asuntos personales se establecen particularidades como la posibilidad de disfrute hasta el 15 de enero del siguiente año natural, la posibilidad de acumulación al período de vacaciones o la de negociación de la extensión al personal laboral de las licencias y permisos que en normativas posteriores al Convenio se pudieran establecer para el personal funcionario.

### **Licencias con sueldo parcial y sin sueldo**

Con sueldo parcial: tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario los siguientes trabajadores:

- Quienes por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un disminuido físico, psíquico o sensorial, que no

desempeñe una actividad retribuida, o no perciban ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

- Quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, o no perciban ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

**Sin sueldo:** los trabajadores fijos que lleven como mínimo un año de servicio podrán pedir licencias sin sueldo, por un plazo no inferior a quince días y no superior a seis meses, en un intervalo de tiempo de dos años.

### **Licencias especiales y condiciones de trabajo en los supuestos de maternidad y paternidad.**

La trabajadora gestante tendrá derecho a ocupar durante el embarazo un puesto de trabajo y/o turno distintos de los suyos, siempre que exista tal puesto y turno alternativos y siempre que, según prescripción de un facultativo del sistema de la sanidad pública, su puesto o turno resulten nocivos para su salud o la del feto. Este cambio de puesto de trabajo no supondrá modificación de su categoría, ni merma de sus derechos económicos. Una vez finalizada la causa que motivó el cambio de puesto de trabajo, se procederá a la reincorporación a su destino original.

Además, la trabajadora gestante será trasladada si la permanencia en su puesto de trabajo pusiera en peligro su vida o la integridad del feto y tendrá derecho a escoger la fecha de sus vacaciones reglamentarias.

### **Excedencias**

#### **1. Excedencia para el cuidado de hijos/as menores de tres años**

Todos/as los/las trabajadores/as tendrán derecho a una excedencia por tiempo no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo/a, contados desde su nacimiento, o, en el caso de adopción o acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, contados desde la fecha de la resolución judicial o administrativa. Los/as hijos/as sucesivos darán lugar a un nuevo período de excedencia que, si es el caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Durante el disfrute de esta excedencia, al/a la trabajador/la se le reservará el puesto de trabajo y turno que viniera desempeñando con carácter definitivo y se le computará el tiempo correspondiente a efectos de antigüedad.

#### **2. Para el cuidado de familiares**

Los/las trabajadores/as también tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años para atender el cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Esta excedencia constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la Xunta generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas.

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

Este período será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, la participación de los cuales deberá ser convocada por la Xunta de Galicia, especialmente con la ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

### 3. Excedencia voluntaria

Los trabajadores fijos, con una antigüedad mínima de un año en la Xunta de Galicia, podrán solicitar, con una antelación mínima de 45 días, excedencia voluntaria por un período de tiempo no inferior a un año.

El trabajador que solicite su reingreso tendrá derecho a ocupar la primera vacante, con carácter provisional, que se produzca en su grupo y categoría, excepto en el caso de concurrir un excedente forzoso, que tendrá preferencia. Si la vacante fuese de inferior categoría a la que antes tenía, podrá optar a ella, a la espera de que surja la que corresponda a su categoría.

En todo caso, no se podrá solicitar nueva excedencia voluntaria antes de transcurrido un año desde su reincorporación.

### 4. Excedencia forzosa

Esta excedencia se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo y dará derecho al trabajador a conservar el puesto de trabajo, turno y centro, y a que se compute la antigüedad durante su vigencia. Como criterio para su concesión se tendrán en cuenta los supuestos de servicios especiales previstos en la normativa de la función pública gallega

El reingreso deberá efectuarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir del cese en el cargo. Si no solicitan el reingreso en el plazo citado serán declarados, de oficio, en excedencia voluntaria por interés particular.

La reincorporación se producirá en la misma categoría profesional, puesto de trabajo y turno que tenía el trabajador. Este reingreso tendrá carácter inmediato desde el momento en el que se solicite y, en todo caso, un mes después del cese en el cargo.

### 5. Excedencia voluntaria por incompatibilidad

Se declarará en esta situación, de oficio o a instancia de parte, al personal laboral fijo cuando esté en servicio activo en la Xunta de Galicia en otra categoría, cuerpo o escala, a no ser que obtuviesen la oportuna compatibilidad o pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación.

El personal en esta situación puede solicitar en cualquier momento el reingreso, que podrá efectuarse por adscripción temporal a un puesto de su categoría condicionada a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para su desempeño. El caso de cesar en otro puesto, deberá solicitar su reingreso en el plazo máximo de 30 días hábiles desde dicho cese o, en caso contrario, quedaría en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

#### 6. Excedencia por razón de violencia sobre la mujer.

Para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, las trabajadoras víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia en los términos establecidos en el TRLFPG.

## **2.8. CONDICIONES ECONÓMICAS (CAPÍTULO VIII)**

Las retribuciones del personal laboral se abonan mensualmente mediante un modelo unitario de nómina, en el cual se reflejan todos los aspectos retributivos y aquellos por los cuales se producen, en su caso, descuentos en los haberes de los/las trabajadores/as.

Las retribuciones están por lo tanto constituidas por el salario base y los siguientes complementos salariales:

- **Salario base:** es la parte de retribución del/de la trabajador/a fijada para la jornada común de trabajo, en función de su categoría profesional.
- **Pagas extraordinarias:** todo el personal incluido en el ámbito de aplicación de este convenio tendrá derecho a percibir dos pagas extraordinarias, que se aboarán con el salario mensual de junio y diciembre. La cuantía de cada una de las pagadas será igual la una mensualidad del salario base del convenio más antigüedad.
- **Complementos salariales:**

Antigüedad: retribuye los trienios que perfeccionen todos/as los/as trabajadores/as a partir de la entrada en vigor del V Convenio con una cantidad mensual igual para todas los grupos de clasificación.

Complemento de funciones: retribuye en idéntica cuantía para todos los grupos el desempeño de las funciones propias de cada puesto de trabajo.

Complementos de singularidad de puesto: retribuye las especiales dificultades materiales y técnicas que exija el desempeño del puesto de trabajo en la cuantía que para cada uno figura en la correspondiente relación de puestos de trabajo, de acuerdo con los criterios fijados de especial dedicación, responsabilidad, dirección, peligrosidad, toxicidad,

penosidad y otras condiciones especiales del puesto, disponibilidad horaria y nocturnidad.

**Horas extraordinarias:** son aquellas horas o fracciones que excedan de la jornada normal de trabajo y tengan un carácter excepcional. Su realización tendrá siempre un carácter voluntario y no podrán exceder de 80 en cómputo anual. Se compensarán por tiempo de descanso, siempre que la organización del trabajo lo permita,

**Ayudas de costes y desplazamientos:** la ayuda de costes es la indemnización económica diaria que se le debe pagar a un/una trabajador/a como compensación de los gastos de mantenimiento y alojamiento que deba realizar por consecuencia de un desplazamiento motivado por orden de los órganos directivos correspondientes.

**Incapacidad temporal:** en caso de baja por IT o situación de riesgo durante el embarazo, la Xunta de Galicia incrementará el subsidio económico de la Seguridad Social hasta conseguir la cuantía igual a la base de cotización del trabajador del mes anterior a aquel en que se produzca la baja.

## **2.9. BENEFICIOS SOCIALES (CAPÍTULO IX)**

Dentro de los beneficios sociales, el Convenio recoge los siguientes aspectos:

1) Formación y perfeccionamiento profesional, derecho a ver facilitada la realización de estudios académicos o profesionales.

2) Ocio, recreo, cultura y deportes, regulando el derecho al uso gratuito de las bibliotecas de los diferentes centros o servicios, de las instalaciones deportivas de uso público gestionadas por la Xunta y de los salones de actos para el desarrollo de actividades culturales, siempre que no se interfiera las actividades normales de la Administración.

3) Orientación sobre planificación familiar y revisiones médicas.

4) Jubilación y fomento de empleo, regulando las siguientes modalidades:

- Jubilación forzosa al cumplir el trabajador la edad de 65 años. Aquellos trabajadores que, al llegar a esta edad, no hayan cumplido el período mínimo de cotización a la Seguridad Social para causar derecho a la referida prestación, podrán continuar prestando servicios hasta cumplir dicho período de cotización, momento en el que se causará baja de modo inmediato.

- Jubilación especial del trabajador que al cumplir la edad de 64 años opte por acogerse a la jubilación con el 100% de los derechos, en cuyo caso será sustituido por cualquier trabajador inscrito como desempleado en la oficina de empleo y en las listas que, en su caso, se elaboren, mediante un contrato de la misma naturaleza que la del extinguido.

- Jubilación voluntaria del trabajador que reúna los requisitos establecidos en el régimen de la Seguridad Social al que pertenezca.

5) Política de ayuda a disminuidos físicos y psíquicos.

Todo trabajador que tenga bajo su dependencia directa y legal y viviendo a sus expensas, consorte, hijos y ascendientes de primer grado de consanguinidad o afinidad que sean discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales reconocidos como tales por los órganos competentes en la materia y siempre que los ingresos del discapacitado no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual, percibirá una ayuda de 180 euros mensuales por cada discapacitado. Asimismo, tendrán el mismo derecho cuando ejerzan la tutela de una persona con la que tenga o no vínculo familiar.

6) Indemnización por invalidez y muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

7) Fondo de ayuda para anticipos.

8) Complemento de las pensiones de viudedad y orfandad.

## **2.10. SEGURIDAD E HIGIENE (CAPÍTULO X)**

El Convenio refleja, entre otros, los siguientes compromisos que adquiere la Xunta de Galicia en esta materia:

- Cumplimiento estricto de las disposiciones vigentes en materia de prevención de riesgos y seguridad en el trabajo, de conformidad con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, el Estatuto de los trabajadores y demás legislación.
- Suministro de ropa de trabajo y calzado profesional homologados y de uso obligatorio a todo el personal a su servicio cuando las condiciones y la naturaleza del trabajo lo requieran e inclusión en sus presupuestos las partidas económicas precisas para la dotación de servicios médicos.
- Prohibición de que el personal sujeto al Convenio realice obras por un tanto o trabajo ajustado durante su jornada laboral y, en caso de que, por lo específico de su labor, desarrolle su trabajo a cielo abierto, de realizar sus funciones cuando la situación climatológica o las condiciones del terreno supongan penosidad visible

## **2.11. MOVILIDAD (CAPÍTULO XI)**

Para el traslado a otro centro de trabajo que implique cambio de residencia de trabajadores que no fueran contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, el Convenio requiere la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial.

En todos estos supuestos se prevé además el derecho del trabajador a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de

su contrato con indemnización, así como la existencia de distintos períodos de consultas con los representantes legales de los trabajadores, en función del número de ellos afectado.

## **2.12. DERECHOS SINDICALES (CAPÍTULO XII)**

### **Delegados de personal y comités de empresa:**

Sin perjuicio de las competencias, funciones y derechos en general reconocidos por las disposiciones legales, tendrán los siguientes derechos específicos:

- 1) Disponer de tiempo retribuido para realizar gestiones conducentes a la defensa de los intereses del personal avisando previamente.
- 2) A ser sustituidos/as durante sus horas sindicales.
- 3) A conocer y consultar el registro de accidentes de trabajo y sus causas, y a acceder al cuadro horario y a los modelos de las cotizaciones a la Seguridad Social, al calendario laboral, a los presupuestos de los centros, a la memoria anual del centro y a cualquier otro documento relacionado con las condiciones de trabajo que afecten al personal.
- 4) A un local con dotación adecuada para su administración interna.
- 5) A tablones de anuncios en lugares visibles para los avisos y comunicaciones que consideren pertinentes.
- 6) A acordar la acumulación de las horas sindicales de sus miembros, en uno o en varios de ellos o entre miembros de distintos comités de empresa en el ámbito autonómico, de acuerdo con el régimen establecido en el mismo Convenio.
- 7) A las garantías recogidas en los apartados a), b) y c) del artículo 68 del Estatuto de los trabajadores, desde el momento de su proclamación como candidatos y hasta dos años después del cese en su cargo. Estas garantías consisten en:
  - Apertura de expediente contradictorio por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.
  - Prioridad de permanencia en el centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.
  - No ser despedido ni sancionado durante su mandato ni en el año posterior al cese en el cargo (lo que el convenio a los dos años siguientes al cese en el cargo), salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón del desempeño de su representación.



- 8) A recibir, conjunta y puntualmente, por cuenta de la Xunta de Galicia, un ejemplar del DOG con la frecuencia de sus apariciones o acceso a internet que les permita dicha consulta de la forma que se establezca en sus centros de trabajo.
- 9) A disponer de un mínimo de 20 horas anuales para la realización de asambleas.
- 10) A que les sean abonados los gastos de desplazamiento o las indemnizaciones por sus reuniones periódicas y por las convocadas por la Xunta de Galicia.

### **Secciones sindicales, Delegados/as sindicales y afiliados.**

a) Secciones sindicales: aquellas que obtuviesen más de un 10% de los miembros del respectivo comité de empresa tendrán en el centro de trabajo los siguientes derechos:

A un número de delegados sindicales, establecido en función del número de trabajadores del centro.

- A disponer de un local sindical, que compartirán con el comité de empresa o con los delegados de personal.
- A la realización de asambleas fuera y dentro de la jornada de trabajo en los mismos términos que para los comités de empresa.

b) Delegados sindicales: tendrán los siguientes derechos y garantías:

- Posibilidad de acumular los créditos horarios que puedan corresponder a los delegados sindicales que cada una de las organizaciones sindicales firmantes del Convenio en una bolsa única correspondiente al ámbito territorial de Galicia. El total de crédito horario resultante de la acumulación puede ser libremente distribuido por cada una de las organizaciones sindicales por medio de la designación de delegados sindicales.
- Representación a los afiliados de la sección sindical en todas las gestiones necesarias ante la dirección respectiva, y a ser oídos por ésta en el tratamiento de aquellos problemas de carácter colectivo que afecten al personal, en general, y a los afiliados del sindicato, en particular.
- A ser informados y oídos por la empresa con carácter previo: acerca de despidos y sanciones que afecten a los afiliados al sindicato, en materia de reestructuración de la plantilla de personal, regulaciones de empleo, traslados colectivos o individuales de trabajadores, o del centro de trabajo, y sobre cualquier proyecto o acción administrativa que pueda afectar al personal. sobre la implantación o revisión de sistemas de organización del trabajo.



- Acceso a la misma información y documentación que la empresa deba poner a disposición del comité de empresa, estando obligados a guardar sigilo profesional.
- A las mismas garantías y derechos que la ley y el Convenio reconocen a los miembros del comité de empresa.

c) Afiliados: Los afiliados a una sección sindical de las mencionadas anteriormente tendrán los siguientes derechos:

- A obtener permisos sin sueldo durante el tiempo que pasen a ocupar puestos de responsabilidad sindical con plena dedicación en ámbito superior al centro de trabajo.
- Un 10 por 100 de los afiliados a una de estas secciones sindicales tendrán derecho a permisos sin retribuciones, siempre que exista comunicación previa y no supere los límites establecidos en el propio Convenio.
- A que se le descuente en su nómina el importe de la cuota sindical que corresponda, con la conformidad previa de/de la afiliado/la.

d) Comité intercentros: Al amparo del dispuesto en el Estatuto de los trabajadores, en el Convenio se ordena la constitución de un comité intercentros, con un máximo de 13 miembros, pertenecientes a los comités de empresa y delegados/las de personal de los centros de trabajo.

El Convenio prevé que el mismo órgano apruebe sus normas de funcionamiento por mayoría absoluta en la primera sesión en la que se constituya, y le atribuye competencias como las siguientes:

- Negociación del convenio colectivo, elección de los suplentes y asesores de la comisión negociadora y aprobación del anteproyecto correspondiente, siempre que así lo decida, al menos, el 65 por 100 de sus miembros.
- Elección de los representantes del personal en la comisión paritaria de vigilancia e interpretación del convenio, respetando la proporcionalidad existente en el Comité Intercentros y siempre que este firmase el Convenio.
- Elección de los miembros a los que les corresponda representar al personal en todas las comisiones creadas a partir de la comisión paritaria, o en otras comisiones o tribunales recogidos en el presente convenio, respetando la proporcionalidad existente en el Comité Intercentros.
- Facultad para solicitar conflicto colectivo y para interponer cualquier tipo de reclamación, así como para solicitar la declaración de huelga legal.

- Negociación con la Administración las condiciones de adscripción de cualquier colectivo a este convenio, con ocasión de su integración por razones de transferencia. •
- Tratamiento en una mesa con los representantes de la Administración de las ofertas de empleo según las necesidades de recursos humanos previstos con anterioridad a su publicación, según se establece en el estatuto básico del empleado público.

## **2.13. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO (CAPÍTULO XIII)**

### **Procedimiento:**

La imposición de sanciones por faltas graves y muy graves, excepto las derivadas de falta de asistencia y puntualidad, requerirá la realización de un expediente disciplinario.

Para su tramitación, cuando la Administración conozca de la comisión de hechos presuntamente constitutivos de falta grave o muy grave, el responsable o director del centro o dependencia donde el trabajador preste sus servicios o, en su caso, la autoridad que normativamente en cada momento tenga asignada tal competencia acordará la incoación del expediente y nombrará al instructor del procedimiento. Este acto de incoación, que deberá ser comunicado por escrito al comité de empresa y al interesado, interrumpirá los plazos legales de prescripción de faltas e infracciones.

El instructor, como primeras actuaciones, recibirá declaración del presunto inculcado, evacuará cuantas diligencias considere necesarias, y en un plazo no superior a dos meses desde el inicio del expediente, propondrá a la autoridad competente el archivo de las actuaciones, o elaborará un pliego de cargos, que le será notificado respectivamente, según el caso, al interesado, al comité de empresa, a los delegados de personal del centro o a la sección sindical correspondiente. En este caso, el pliego de cargos incluirá los hechos imputados con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que puedan ser de aplicación.

El pliego de cargos será notificado al inculcado y se le concederá un plazo de quince días para que pueda contestarlo, aportar los documentos considere de interés o solicitar, si lo considera conveniente, la práctica de las pruebas que para su defensa crea necesarias.

Una vez contestado el pliego o transcurrido el plazo sin hacerlo, el instructor podrá acordar la práctica de las pruebas solicitadas que juzgue oportunas, así como la de todas aquellas otras que considere pertinentes. Para la práctica de las pruebas se dispondrá del plazo de un mes.

Cumplidas las diligencias anteriores, se le dará vista del expediente al inculcado para que en el plazo de 10 días alegue lo que vea pertinente para su defensa y aporte cuantos documentos considere de interés.

El instructor formulará dentro de los veinte días siguientes la propuesta de resolución, de la que se le dará traslado al comité de empresa o a los delegados de personal, y al interesado. Una vez notificada la propuesta de resolución, el interesado dispondrá de diez días para alegar cuanto considere pertinente para su defensa, de forma que, una vez oído o transcurrido el plazo sin alegaciones, se remita con carácter inmediato el expediente completo al órgano que acordó la incoación del procedimiento. Este órgano a su vez lo remitirá al órgano competente para dicte la resolución que corresponda o, en su caso, podrá ordenar al instructor la práctica de las diligencias que considere necesarias.

De esta resolución se le dará cuenta al interesado, al comité de empresa de su centro y a la sección sindical a la que pertenezca, en su caso. También se le dará traslado de la resolución definitiva a la Comisión Paritaria del convenio, a los meros efectos estadísticos y de información.

La omisión de este procedimiento determinará la nulidad del expediente, siempre y cuando produzca indefensión del interesado.

La sanción de faltas que no precisen la incoación de expediente disciplinario se le comunicará al comité de empresa respectivo, con tres días hábiles de antelación a su notificación al/a la interesado/la.

### **Faltas:**

Las infracciones o faltas cometidas por los/las trabajadores/as, derivadas de incumplimientos contractuales, podrán ser leves, graves o muy graves.

#### Faltas leves:

- 1) La incorrección con los superiores jerárquicos, con los/las compañeros/las y con el público en general.
- 2) La negligencia y el descuido en el cumplimiento del trabajo.
- 3) La presentación extemporánea de partes de baja o de confirmación, en tiempo superior a dos días, desde la fecha de su expedición regular, a no ser que por causa de fuerza mayor se pruebe la imposibilidad de hacerlo.
- 4) De tres a cinco faltas de puntualidad al mes, respetándose el régimen existente para efectos de cómputo en cada centro de trabajo. Las faltas de puntualidad podrán suponer la deducción proporcional de retribuciones.
- 5) La negligencia en el cuidado y en la conservación de los materiales y utensilios de trabajo, del mobiliario y de los locales donde se presten los servicios.
- 6) La falta de asistencia injustificada durante un día al mes, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo por causa de fuerza mayor.



- 7) El incumplimiento de los deberes y obligaciones del trabajador, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave.

Faltas graves:

- 1) La indisciplina o la desobediencia relacionada con su trabajo, y el incumplimiento de los deberes previstos en los apartados a), b) y c) del artículo 5 del Estatuto de los trabajadores.
- 2) La desconsideración con el público, compañeros y subordinados, siempre que no sea falta leve, así como la grave falta de consideración con los administrados o el abuso de autoridad.
- 3) La falta de asistencia al trabajo sin causa justificada durante dos o tres días al mes, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo por causa de fuerza mayor.
- 4) La presentación extemporánea de los partes de confirmación de baja, en tiempo superior a siete días, desde la fecha de su expedición regular, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo por causa de fuerza mayor.
- 5) El abandono del trabajo sin causa justificada por tiempo superior a dos días en un mes.
- 6) La simulación de enfermedad o accidente que supongan la incapacidad laboral transitoria por tiempo inferior a tres días. Se entenderá, en todo caso, que existe falta cuando el trabajador declarado de baja realice trabajos de cualquier clase por cuenta- propia o ajena. Asimismo, se entenderá incluida toda acción o omisión del trabajador realizada para prolongar la baja por enfermedad o accidente.
- 7) La colaboración o el encubrimiento de faltas de otros trabajadores, en relación con sus deberes de puntualidad, asistencia y utilización de los mecanismos de control.
- 8) Más de cinco faltas de puntualidad en un mes, respetándose el régimen existente a efectos de cómputo en cada centro de trabajo.
- 9) La reiteración en la comisión de faltas leves, excepto las de puntualidad inferiores a cinco faltas leves, en un plazo de seis meses, aunque sean de distinta naturaleza, todo ello dentro de un mismo trimestre y aunque fuesen sancionadas.
- 10) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- 11) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que les causen daño a la Administración o administrados.
- 12) Causar daños graves en los locales, en el material y en los documentos de los servicios.



- 13) El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no supongan mantenimiento de alguna situación de incompatibilidad.
- 14) La grave perturbación del servicio.
- 15) Actos que atenten contra la dignidad de los trabajadores o de la Administración.
- 16) Las acciones u omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios o a impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de las jornadas de trabajo.

Faltas muy graves:

- 1) El incumplimiento de deber de fidelidad a la Constitución y al Estatuto de autonomía en el ejercicio de la función pública.
- 2) Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- 3) El abandono de servicio.
- 4) Adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que les causen un perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.
- 5) La publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por ley o clasificados como tales.
- 6) La obstaculización del ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.
- 7) La participación en huelgas ilegales.
- 8) Los incumplimientos de los deberes de atender los servicios esenciales en caso de huelga.
- 9) Los actos limitativos de la libre expresión de pensamiento, ideas y opiniones.
- 10) Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año.
- 11) El fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en las gestiones y en el desempeño de las funciones encomendadas.
- 12) Más de tres faltas al mes de asistencia no justificadas, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo por causa de fuerza mayor.
- 13) La indisciplina y la desobediencia de carácter grave.
- 14) Los maltratos de palabra u obra con los/las trabajadores/as de superior e inferior categoría, compañeros/as y público.

- 15) Los malos tratos de palabra u obra con los trabajadores, compañeros y público. ñ)
- 16) El acoso sexual, máxime cuando se acompañe de abuso de autoridad.
- 17) El incumplimiento o abandono de las normas y medidas de seguridad e higiene en el trabajo, cuando de ellos se deriven graves riesgos o daños para el propio trabajador y/o terceros.
- 18) La simulación de enfermedad o accidente que supongan una incapacidad o baja por un tiempo de tres o más días. Se entenderá, en todo caso, que existe falta muy grave cuando el trabajador realice trabajos de cualquier clase por cuenta propia o ajena. Asimismo, se entenderá incluida toda acción u omisión del trabajador realizada para prolongar la baja por enfermedad o accidente.
- 19) La reiteración en la comisión de faltas graves, aunque sean de distinta naturaleza, dentro de un mismo trimestre, excepto las de puntualidad.
- 20) El ejercicio de actividades privadas o públicas sin solicitar obtener autorización de compatibilidad del órgano competente para ello.

### Sanciones.

Las sanciones que podrán imponerse, en función de la calificación de las faltas, serán las siguientes:

a) Por faltas leves:

- Amonestación verbal o por escrito.
- Suspensión de empleo y sueldo hasta por dos días.

b) Por faltas graves:

- Suspensión de empleo y sueldo de dos a quince días.
- Suspensión del derecho de concurrir a pruebas selectivas o concursos de ascensos por un período de un año.

c) Por faltas muy graves:

- Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis días a dieciocho meses.
- inhabilitación para el ascenso por un período de hasta un máximo de dos años.
- Traslado forzoso sin indemnización.
- Despido.

Competencia: serán órganos competentes para la imposición de las sanciones disciplinarias:

- a) El Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro competente en materia de función pública, para imponer el despido.
- b) Los titulares de la consellería o del organismo autónomo en el que esté destinado el trabajador, para imponer las sanciones por faltas graves y muy graves. Si la sanción se impone por la comisión de faltas en materia de incompatibilidades en relación con las actividades desarrolladas en diferentes consellerías, la facultad le corresponderá al conselleiro competente en materia de función pública.
- c) Los directores generales y los delegados provinciales, respecto del personal dependiente de su dirección general o delegación provincial, para la imposición de sanciones por faltas leves.

Los jefes o superiores que toleren o encubran las faltas de sus subordinados incurrirán en responsabilidad y sufrirán la corrección o sanción que se considere procedente, teniendo en cuenta la que se le imponga al autor y la intencionalidad, perturbación para el servicio, atentado a la dignidad de la Xunta de Galicia y reiteración o reincidencia de dicha tolerancia o encubrimiento.

No se considerará falta de ningún tipo la negativa a realizar trabajos de categoría distinta a la específica de cada trabajador, salvo cuando medien circunstancias de excepcional necesidad.

Todo trabajador podrá dar cuenta por escrito, a través de sus representantes, de los actos que supongan faltas de respecto a su intimidad o a la consideración debida a su dignidad humana o laboral. La Xunta, a través del órgano directivo al que esté adscrito el interesado, abrirá la oportuna información e instruirá, en su caso, el expediente disciplinario que proceda.

Lo aquí expuesto también será de aplicación cuando se lesionen derechos de los/las trabajadores/las reconocidos en este convenio y en la normativa vigente, y deriven perjuicios notorios de orden material para ellos. en el Estatuto de los trabajadores.

Prescripción de las faltas y sanciones: los plazos de prescripción son los establecidos en el artículo 97 del EBEP, que se aplica con el carácter de disposición de derecho necesario al personal laboral de las administraciones públicas.

De acuerdo con dicho precepto, las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años, las graves a los 2 años y las leves a los 6 meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los 3 años, las impuestas por faltas graves a los 2 años y las impuestas por faltas leves al año.

Cancelación del expediente de faltas y sanciones: se producirá a los tres meses para las faltas leves, al año, para las graves y a los dos años, para las muy graves.

En este punto, el Convenio prevé la aplicación supletoria del Reglamento de régimen disciplinario de los/las funcionarios/las al servicio de la Xunta de Galicia.

En el caso de despido declarado improcedente de un/de una laboral hizo/la de la Xunta de Galicia, como consecuencia del establecido en este capítulo, la opción de indemnización o readmisión le corresponderá al dicho trabajador en los plazos establecidos en el Estatuto de los trabajadores.

Maria Jesús Golpe



# **37. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO. NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.**

## **TEMA 37**

### **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO**

En una sociedad capitalista de mercado como la que nos encontramos inmersos la posición social de los ciudadanos viene determinada por su posición en el mercado de trabajo, y ha sido la posición de la mujer española en el mercado de trabajo la que ha variado notablemente en los últimos tiempos. Con todo la realidad social y económica no refleja aún la igualdad plena y efectiva de derechos que reconoce la constitución a la mujer como parte de su estatuto de ciudadanía. Por ello una de las principales preocupaciones de la OIT en materia de empleo y ocupación es la eliminación de la discriminación, tal y como lo manifiesta la Declaración de Filadelfia, incorporada a la Constitución de la OIT, al establecer que: *“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”*.

El Convenio nº 111 de la OIT define la discriminación como *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

En esta definición se hace referencia a la discriminación directa e indirecta.

La discriminación directa existe cuando el trato desigual emana directamente de las leyes, normas o prácticas y la discriminación indirecta se refiere a situaciones, normas y prácticas que parecen neutrales pero que, de hecho, conducen a la marginación que sufren en especial las personas comprendidas en uno de los motivos de discriminación. Actualmente el concepto está recogido en el art. 2.2.2º de la D/2002/73/CE. *“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ...discriminación*

*indirecta...la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.”*

La igualdad entre hombres y mujeres forman parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario y, aunque se considere un elemento crucial de la cohesión social, constituye un objetivo que no ha sido todavía plenamente alcanzado. Aunque son muy numerosas las normas que regulan el principio de igualdad de trato y prohíben la discriminación por razón de sexo.

La política de la Unión Europea ha evolucionado en los últimos cuarenta años. En el período que abarca 1982-2000, la Comisión adoptó cuatro programas de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en los que estaban previstas acciones para promover la igualdad sustancial a efectos de que la mujer supere las situaciones de desigualdad preexistentes.

A partir de 1986 la UE ha venido adoptando sucesivos programas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, entre los cuales se pueden destacar el NOW y el EQUAL. Pero también la UE por Decisión del Consejo 2001/51, de 20 de diciembre de 2000, ha adoptado la denominada “Estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres”, y que tienen un período de aplicación 2001-2005. Por otro lado el 7 de marzo de 2003 se adoptó el Plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2003-2006.

Este Plan dice inspirarse en dos principios fundamentales: el de transversalidad, que a tenor del Plan “consiste en promover la defensa y la garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las actividades y políticas, a todos los niveles y evaluando sus posibles

efectos” y el de cooperación, que se pretende lo más estrecha posible entre todos los agentes implicados en la defensa y garantía de la igualdad de oportunidades, agentes sociales, ONG’s, sociedad en general.

Se trata de la primera estrategia global sobre la igualdad entre hombres y mujeres que se fundamenta en la constatación, de que pese a los avances de la situación de la mujer, la igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan en la práctica de los mismos derechos. Dicha táctica tiene por objetivo garantizar la aplicación de un principio que se ha convertido en básico para la política de género comunitaria, el de la “transversalidad” que se basa en el principio de que “la democracia, uno de los valores fundamentales de la Unión, requiere para su plena realización la participación de hombres y mujeres por igual, para participar y estar representados de forma igualitaria en la vida social, cultural y civil”.

Sin embargo la infrarrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, pone de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razón de género, lo que constituye un déficit democrático de la Unión Europea.

La Estrategia se estructura en torno a cinco ámbitos de intervención interdependientes:

- La promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en la vida económica.
- La promoción de igualdad de la participación y de la representación.
- La promoción de la igualdad de género y el disfrute pleno de los derechos sociales.
- La promoción de la igualdad en la vida civil.
- La promoción de cambio de roles y de estereotipos masculinos y femeninos.

Dentro de cada ámbito se definen una serie de objetivos operativos. Y para la consecución de esos objetivos operativos la Estrategia se sirve de las herramientas, y métodos existentes, como la evaluación del impacto en función de género, al tiempo que se fomenta la creación de otros métodos, como el refuerzo de la cooperación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros y con las de la Unión. Están así, introduciéndose indicadores comunes y criterios comparativos para mejorar la monitorización y la evaluación y para poder reorientar las actividades durante el propio período de aplicación de la Estrategia. El seguimiento y la evaluación de sus propios resultados es clave en esta Estrategia.

Una de las estrategias esenciales como se anticipó es la denominada de transversalidad, dicha estrategia se basa fundamentalmente en medir el impacto de género. A través de ella se da relevancia a las diferencias existentes en nuestra sociedad entre hombres y mujeres, midiendo el impacto de género e introduciendo, vía mecanismos correctores, la igualdad desde la fase de elaboración hasta la aplicación, de la política, medida o acción de que se trate. Y dar relevancia a las diferencias entre hombres y mujeres está en el origen de la actual concepción de la igualdad de géneros que incluye la prohibición de discriminaciones no sólo directas sino también indirectas a las mujeres. La estrategia de la transversalidad combina dos técnicas, la medición del impacto de género y la corrección de eventuales efectos negativos mediante acciones positivas preventivas, que aplica de forma rigurosa.

Son numerosas las normas de derecho comunitario que regulan la igualdad de género y prohíben la discriminación por razón de sexo, de entre las cuales destacamos las siguientes:

Tratado de Ámsterdam: marca un hito en la política de igualdad de la Unión Europea, cuyo artículo 141 se refiere al principio de igualdad de retribuciones, a la prohibición de discriminación indirecta y a la adopción de medidas de acción positiva.

Dicho artículo señala lo siguiente:

*“1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

*3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

*4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.*

En igual sentido se pronuncian los siguientes artículos del Tratado de la Comunidad Europea:

- Artículo 2 TCE: *la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*

• Artículo 137 TCE: la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

- La mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.
- Las condiciones de trabajo.
- La información y la consulta a los trabajadores.
- La integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 150.
- La igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

La Constitución Europea, que aunque no ha llegado a entrar en vigor, no puede sino ponerse de relieve que, en el artículo I-2, entre los Valores de la Unión establece: *“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”*.

El artículo III-214, establece: *“1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor.*

*2. A efectos del presente artículo, se entiende por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación laboral.*

*3. La ley o ley marco europea establece las medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato*

*entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. La ley o ley marco se adoptará previa consulta al Comité Económico y Social.*

4. *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre mujeres y hombres en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales.*

*Por su parte el artículo II-83, establece que: “La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo trabajo y retribución.*

*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.*

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: que ratifica la prohibición de cualquier forma de discriminación, en particular la basada en el sexo, y la obligación de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

Existen numerosas Directivas que hacen referencia a la igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo, de las cuales destacamos las siguientes:

- 75/117/CEE, relativa al principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de ambos sexos.
- 76/207/CEE, se refiere a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las



condiciones de trabajo. Modificada por la Directiva 2002/73/CE, la Directiva 76/207/CEE contiene ahora una definición del acoso sexual, que se considera una forma de discriminación basada en el sexo, y ofrece un apoyo más eficaz a los trabajadores que se consideran injustamente tratados por su empleador en razón de su sexo.

- 79/7/CEE y 86/378/CEE, el ámbito de la Seguridad Social es competencia de los Estados miembros. Ya que no tiene poder de decisión sobre los regímenes nacionales de Seguridad Social, la Unión Europea ha exigido a los Estados miembros que garanticen el respeto de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco de la organización de dichos regímenes.
- 92/85/CEE, la Unión Europea ha actuado también en el ámbito de la protección social en lo que se refiere, por una parte, a la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.
- 96/34/CEE, de excedencias parentales y familiares.
- 97/80/CEE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo.

Centrándonos en nuestra carta fundamental, señalar que la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, pertenece al grupo de las denominadas modernas y sociales por su contenido genérico y por lo que se refiere a este tema, entre otras, por las siguientes razones: porque recoge el principio de igualdad en sus dos manifestaciones:

a) formal, contenida en el artículo 14: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

b) material, contenida en el artículo 9.2, y que ha permitido la entrada en nuestro ordenamiento del concepto de “acción positiva”, aunque reconociendo implícitamente que esa igualdad en la realidad no existe, ya que impone a los poderes públicos la obligación de: *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Prohíbe la discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo, tal y como establece el artículo 35.1: *“... sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

El Tribunal Constitucional ha venido realizando, sobre todo a partir de finales de los años 80, una interpretación extensiva del significado del principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación, habiendo adoptado una postura activa a favor de la igualdad y la eliminación de la discriminación. En este sentido, el Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo por el que se adopta un conjunto importante de medidas para avanzar en las distintas líneas de actuación que contribuyan día a día a que disminuya la desigualdad en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

#### Normativa estatal, precedentes:

- Real Decreto 1686/2000, de 6 de octubre, por el que se crea el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres.

Se crea el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que tiene por objeto la construcción de un sistema de información con capacidad para conocer la situación de las mujeres,

respecto a la de los hombres, y el efecto de las políticas institucionales puestas en marcha, para promover la participación de las mujeres, en todos los ámbitos, en un plano de igualdad.

- En la actualidad rige el Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, que derogó el Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, por el que se establecen el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer es un órgano con rango de Dirección General, dependiente de la Secretaría General de Políticas de Igualdad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Tiene por objeto formular las políticas públicas en relación con la violencia de género que desarrolle el Gobierno y que, necesariamente, habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres víctimas de esta violencia, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y, a tal efecto, coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, trabajando en colaboración y coordinación con las demás Administraciones Públicas con competencia en la materia.

- Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

El Consejo de Ministros tomó conocimiento del Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres, elaborado por el Consejo Rector del Instituto de la Mujer. En dicho plan se contiene un notable número de medidas relativas al empleo y las relaciones laborales, apareciendo entre

ellas acciones concretas dirigidas a hacer compatible la realización del trabajo con el ejercicio de la maternidad y la paternidad.

Dentro de estas últimas acciones se enmarcan las que mediante la presente Ley van a ponerse en práctica, relativas al descanso por maternidad y la excedencia por cuidado de hijos. La regulación que hasta ahora existía de estas cuestiones no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de hijos incida negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores.

- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

Mediante esta Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. Dicha Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.

- Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

El procedimiento de elaboración de proyectos de ley se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

- Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Con esta medida se pretende potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como posibilitar que los funcionarios mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su carrera profesional.

- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género.

La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

A lo largo de cinco Títulos, la Ley prevé:

Medidas de Sensibilización, Prevención y Detección en los ámbitos Educativo, Sanitario, de la Publicidad y de los Medios de Comunicación.

Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, entre los que se cuentan: derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita; derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social; derechos de las funcionarias públicas y derechos económicos.

Tutela Institucional, con cuatro elementos fundamentales:

- a) La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.
- b) Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.
- c) Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- d) Planes de colaboración.

Tutela Penal, modifica los artículos del Código Penal referidos a: suspensión y sustitución de penas; delitos de lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones; quebrantamiento de condena; vejaciones leves y administración penitenciaria.

Tutela Judicial, creación de los Juzgados de violencia sobre la mujer y del Fiscal contra la violencia sobre la mujer, modificaciones de las Leyes de enjuiciamiento Civil y Penal y Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.

- Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, por el que se dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005.

El Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 ter de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta judicial, procederá de forma escalonada a la creación y constitución de los juzgados de violencia sobre la mujer, así como la compatibilización de juzgados de instrucción o de juzgados de primera instancia e instrucción, en su caso, para la plena efectividad de la planta correspondiente a los juzgados de violencia sobre la mujer.

Y finalmente en el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas podemos mencionar, a título de ejemplo y sin perjuicio de lo que se expondrá en el epígrafe siguiente:

Navarra: *Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*

Castilla y León: Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, modificada por 7/2007, de 22 de octubre y 13/2010, de 9 de diciembre.

Valencia: *Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.*

País Vasco: *Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.*

#### NOMATIVA DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DE GALICIA

En primer lugar resulta obligada la referencia a la Ley 7/2004, de 16 julio, aprueba la Ley para la igualdad de mujeres y hombres, cuya exposición de motivos subraya que la igualdad de derechos entre mujeres y hombres es una necesidad esencial en una sociedad democrática moderna que, desde todos los niveles normativos, se intenta conseguir a través de diversas medidas plasmadas en los tratados internacionales, en la normativa

comunitaria, en nuestra Constitución y en la normativa legal y reglamentaria interna. También la Comunidad Autónoma de Galicia, en su campo de competencias, se comprometió, en desarrollo de las obligaciones impuestas en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía para Galicia, en la defensa de la igualdad. Fruto de este compromiso surgió la Ley 3/1991, de 14 de enero, de Creación del Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer, y, en el ejercicio de sus funciones, la elaboración de hasta cuatro planes de igualdad de oportunidades de las mujeres gallegas. En la misma línea, desde 1994, se constituye, en el Parlamento gallego, la Comisión para la Igualdad y para los Derechos de las Mujeres, que elabora y emite conclusiones y dictámenes en sucesivas legislaturas, en lo relativo a esta materia.

En lo relativo a las actuaciones concretas, la ley, en dos títulos, establece diversas medidas de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres:

En el primero, se regula la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, buscando, al mismo tiempo, dar cobertura legal a actuaciones en vigor y ampliar las posibilidades de actuación, con respecto a aspectos en los que se estime necesario actuar; si bien, en aplicación de la transversalidad, no es un elenco exhaustivo, resultando factible que en el futuro se incida en otros aspectos distintos, si así se considerara necesario.

En el segundo, se regulan los aspectos de la tutela antidiscriminatoria en el empleo público gallego con la intención de la asunción ejemplar, por la Xunta de Galicia, de su compromiso con el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres con relación a la totalidad del personal a su servicio. Para ello, resulta necesario un instrumento legislativo que garantice, precisamente, la uniforme aplicación de las mejoras concedidas a las distintas clases de personal.



El legislador señala que se buscará la eliminación absoluta de las discriminaciones directas e indirectas. A efectos de la Ley existirá discriminación directa cuando una persona sea, fuera o pudiera ser tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga por razón de sexo, y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto a otras por razón de sexo, salvo que se puedan justificar objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y legítimos.

Especialmente importante es la protección dispensada a la maternidad, entendida como una necesidad social que los poderes públicos gallegos asumen y reconocen políticamente. Siendo la maternidad un bien insustituible, todas las cargas y cuidados que supone, la gravidez, el parto, la crianza, la socialización de los hijos, deben recibir ayuda directa de las instituciones públicas gallegas, a fin de no constituir discriminación gravosa para las mujeres. En este sentido, la Xunta de Galicia aplicará todas sus competencias para conseguir que se materialice, en la práctica, el principio mencionado y la maternidad deje de ser carga exclusiva de las madres y motivo de discriminación para las mujeres.

Así para promocionar la igualdad entre mujeres y hombres, no se considerarán discriminatorias las medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sin que, en ningún caso, estas medidas puedan suponer, como consecuencia práctica, el mantenimiento de regulaciones separadas. Las medidas de acción positiva se mantendrán mientras no estén plenamente logrados los objetivos de igualdad de oportunidades.

Con la doble finalidad de promover la igualdad y eliminar las discriminaciones entre mujeres y hombres, la Xunta de Galicia integrará la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones desarrolladas en

el ejercicio de las competencias asumidas de conformidad con el Estatuto de Autonomía para Galicia.

En la aplicación de ese principio de integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones de su competencia, o principio de transversalidad, la Xunta de Galicia establece como criterios generales de su actuación:

a) El fomento de la colaboración entre los diversos sujetos implicados en la igualdad de oportunidades, trátase de sujetos públicos de ámbito internacional, comunitario, estatal, autonómico, provincial o local, o trátase de sujetos privados, como los partidos políticos, los sindicatos de trabajadores o trabajadoras, las asociaciones de empresariado o los colegios profesionales, y, especialmente, la colaboración se fomentará con relación a las asociaciones y grupos de mujeres. La colaboración también se fomentará en el campo de las relaciones entre los diversos organismos administrativos integrados en la Xunta de Galicia.

b) La consecución de la igualdad de oportunidades en la política económica, laboral y social, buscando, en especial, la supresión de las diferencias salariales por razón de sexo y el fomento del empleo femenino por cuenta propia o ajena.

c) La conciliación del empleo y de la vida familiar de las mujeres y hombres y el fomento de la individualización de los derechos tendentes a esa conciliación.

d) El fomento de una participación equilibrada de las mujeres y hombres en la toma de decisiones y la elaboración de estrategias para el empoderamiento de las mujeres.

e) La garantía de la dignidad de las mujeres y hombres, con especial incidencia en la adopción de acciones tendentes a la erradicación de todas

las formas de violencia de género -violencia doméstica, delitos sexuales, acoso sexual, explotación sexual-.

f) La garantía del ejercicio de los derechos de las mujeres, a través, entre otras medidas, de la difusión de información sobre la igualdad de oportunidades y de la colaboración con los órganos judiciales cuando proceda según la legislación.

Como medidas de especial relevancia destacar:

- **Informe sobre el impacto de género en la elaboración de las leyes:** a los proyectos de ley presentados en el Parlamento gallego por la Xunta de Galicia se adjuntará un informe sobre su impacto de género elaborado por el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer. Si no se adjuntara o si se tratara de una proposición de ley presentada en el Parlamento gallego, éste requerirá, antes de la discusión parlamentaria, su remisión a la Xunta de Galicia, quien dictaminará en el plazo de un mes; transcurrido este plazo la proposición seguirá su curso.
- **Informe sobre el impacto de género en la elaboración de los reglamentos:** los reglamentos con repercusión en cuestiones de género elaborados por la Xunta de Galicia también exigirán, antes de su aprobación, la emisión de un informe sobre su impacto de género elaborado por el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer. Dicho informe no será vinculante.

La ley apuesta por la erradicación de los prejuicios en los centros docentes, por incentivar la formación de agentes y promotores de igualdad de mujeres y hombres, garantizar (a través de los medios de comunicación de titularidad autonómica, y promover a través de aquéllos en que participe o subvencione) condicionando la efectividad de la subvención, la emisión de programas tendentes a erradicar todas las formas de violencia de género, y realizará, de forma periódica, campañas institucionales de

sensibilización contra la violencia de género, además la Xunta de Galicia promoverá el acceso de mujeres y de hombres a las nuevas tecnologías en condiciones de igualdad de oportunidades, y la transmisión, a través de los contenidos de esas nuevas tecnologías, de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de las funciones de las mujeres y de los hombres en la sociedad, se apuesta por un uso no sexista del lenguaje, con la finalidad de mejorar el bienestar de las familias y de facilitar la incorporación y la permanencia de las mujeres en el mercado laboral, la Xunta de Galicia asume una política de socialización de las cargas parentales y familiares, instrumentada a través de un Plan integral de apoyo a la familia, el cual incluirá, entre otras medidas: ampliación de la red pública de guarderías, subvencionando el acceso de los hijos e hijas de familias con escasos recursos económicos, atención en los colegios públicos a menores de doce años en horarios más extensos respecto a los lectivos, en colaboración con las asociaciones de madres y padres del alumnado, implantación de servicios de comedor en las guarderías y colegios públicos, en colaboración con las asociaciones de madres y padres del alumnado, así como la dotación de servicio de acompañante en el transporte escolar de los menores de seis años, creación de guarderías y de escuelas infantiles dentro o cerca de parques empresariales, fomento de medidas de apoyo a familias con personas dependientes, con especial atención a la tercera edad, mediante centros adecuados a la satisfacción de las diferentes necesidades y/o asistencia domiciliaria, medidas fiscales de apoyo a la familia, accesibles, mediante sistemas sustitutivos, a favor de quien no tenga la obligación de declarar.

El Plan integral de apoyo a la familia contendrá medidas específicas de apoyo a las familias monoparentales, entre otras, en las áreas de la salud, atención psicológica, formación profesional, educación de los hijos e hijas y acceso a la vivienda. En la elaboración del Plan integral de apoyo a la familia se tendrán en cuenta los principios y determinaciones contenidos en la Ley del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia.

La Administración pública gallega fomentará, a través de las medidas contenidas en los siguientes artículos de este capítulo, la composición equilibrada entre los sexos del personal funcionario, eventual, interino, estatutario o laboral a su servicio, tanto a nivel global como a nivel de cada cuerpo, escala, grupo o categoría y, en especial, fomentará el acceso de las mujeres a los puestos de grado superior, y, a estos efectos, las medidas contenidas en los siguientes artículos de este capítulo se aplicarán también en las pruebas de promoción interna también la Administración pública gallega garantizará la igualdad de retribuciones salariales y extrasalariales entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo público para satisfacer el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Para alcanzar una plena eficacia del principio de igual retribución por trabajo de igual valor se realizarán valoraciones técnicas a cargo de personal especializado de las plazas de funcionarios y funcionarias y/o de los puestos de trabajadores y trabajadoras cuando en los cuerpos, escalas, grupos o categorías objeto de comparación se observe en uno la predominancia de mujeres y en otro la predominancia de hombres, entendiéndose la existencia de predominancia, a los efectos del anterior apartado, cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres.

Destacar como piedra de toque de esta ley la regulación de los derechos de la mujer para lograr la conciliación de la vida familiar y laboral: La Administración pública gallega, mediante las ayudas que se establezcan, reconoce al personal a su servicio el complemento hasta el cien por cien de la base reguladora del subsidio económico por riesgo durante el embarazo, reconociéndolo aun cuando la trabajadora no reuniera las exigencias para acceder al subsidio económico de riesgo durante el embarazo, asimismo, y aun cuando la trabajadora no reuniera las exigencias para acceder al subsidio económico por maternidad, se garantizará la percepción del cien

por cien de su base reguladora durante el período de las seis semanas desde el nacimiento del hijo o hija, la Administración pública gallega reconoce al personal a su servicio un permiso retribuido para tratamientos de fecundación asistida por el tiempo necesario para su práctica, con aviso previo y justificación de la necesidad de realización dentro de la jornada de trabajo (si fuera necesario un desplazamiento, el permiso será de dos días), crédito de horas sustitutivas del permiso de lactación, preferencia en la elección del período de vacaciones, flexibilidad horaria de la jornada laboral, la Administración pública gallega se compromete en la erradicación, dentro del personal a su servicio, del acoso moral por razón de género, y, a los efectos de la presente Ley, éste se define como cualquier acción u omisión relacionada con el género y, en especial, con las situaciones de maternidad o de asunción de otras cargas familiares que tengan como finalidad o como consecuencia atentar contra la dignidad de la persona, sea mujer u hombre, a través de la creación de un entorno intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo, etc.

También, en segundo lugar, hay que referirse a la Ley 2/2007, de 28 marzo, que aprueba las normas reguladoras del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, cuya exposición de motivos señala que en el campo del empleo y las relaciones laborales, la progresiva incorporación de las mujeres en el ámbito de lo público se ha traducido en una transformación sustancial del mercado de trabajo, en el que las mujeres han irrumpido de forma imparable en las últimas décadas.

La situación de discriminación en que se desenvuelven la mayor parte de las mujeres cuando acceden al mercado laboral se manifiesta en aspectos cuantificables: en la concentración de su labor en un número reducido de actividades feminizadas: el 54% de las mujeres trabajan en el 13% de las actividades; en las ocupaciones con mayor discriminación donde trabaja el 60% de la población ocupada sólo el 4% son mujeres; en la persistencia de altos niveles de discriminación salarial: el salario medio de las mujeres es

el 73% del de los hombres; en la existencia de menores oportunidades en el desarrollo de la carrera profesional (en esas actividades feminizadas las mujeres directivas tienen un 20% de peso en las ocupaciones directivas); en las altas tasas de desempleo (mientras que por cada catorce hombres ocupados hay diez mujeres, por cada diez hombres parados hay dieciséis mujeres); en los mayores índices de precariedad laboral (mientras cuatro de cada diez mujeres tienen unas relaciones precarias, son tres de cada diez hombres), que conducen a trabajos temporales, a tiempo parcial, interinidad, trabajos sin contrato; en una menor presencia de mujeres en el autoempleo y el mundo empresarial (sólo el 34% de los afiliados por cuenta propia son mujeres).

El artículo 2 de esta ley dispone que la Xunta de Galicia integrará la dimensión de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tanto dentro del ámbito del empleo privado como dentro del ámbito del empleo público, en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y todas las acciones en el ejercicio de las competencias asumidas en relación al acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, la formación profesional, la promoción profesional, las condiciones de trabajo -incluidas las retributivas- y la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales o en cualquier organización cuyas y cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones que se concedan. Esa labor de integración corresponderá a los departamentos de la Administración autonómica competentes en materia de trabajo y en función pública, con la colaboración del departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad; el artículo 5 afirma que Con vistas al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como manifestación del derecho de las mujeres y hombres a la libre configuración de su tiempo, se promoverá la corresponsabilidad a través del reparto entre mujeres y hombres de las obligaciones familiares, las tareas domésticas y el cuidado de personas dependientes mediante la individualización de los derechos y el fomento de

su asunción por parte de los hombres y la prohibición de discriminación basada en su libre ejercicio.

De acuerdo con el artículo 7 La Unidad Administrativa de Igualdad del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, que tendrá como mínimo la categoría de servicio, estará coordinada con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad. Esta unidad estará dotada de personal funcionario o laboral con experiencia y formación acreditadas en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

Sin perjuicio de los sistemas de control interno y evaluación externa sobre cumplimiento de los objetivos establecidos en el plan de igualdad, se garantizará la transparencia en su implantación mediante el acceso de trabajadoras y trabajadores de la empresa y organismos públicos con competencias en materia de igualdad y materia laboral al contenido de los objetivos y a su grado de cumplimiento. En todo caso, la empresa, cuando facilite los datos solicitados, deberá respetar la intimidad personal, la privacidad y demás derechos fundamentales.

Por otra parte los planes de igualdad serán obligatorios para la Administración autonómica, sus organismos autónomos, las sociedades públicas, las fundaciones del sector público autonómico, las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Comunidad Autónoma y los organismos con dotación diferenciada en los presupuestos de la Comunidad Autónoma que, careciendo de personalidad jurídica, no estén formalmente integrados en la Administración de la Comunidad Autónoma y también serán obligatorios en los términos pactados cuando se establezca en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa con respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación o en un convenio de empresa de cualquier ámbito.



Las empresas podrán asumir acciones de responsabilidad social con la finalidad de mejorar la situación de igualdad entre las mujeres y hombres, tales acciones podrán ser asumidas en virtud de una libre decisión de la empresa o en virtud de un compromiso adquirido con la representación legal de trabajadores y trabajadoras, con cualquier organismo público y, en especial, con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo o el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad, con asociaciones de mujeres o con organizaciones no gubernamentales implicadas en la igualdad de trato entre mujeres y hombres, acciones de responsabilidad social, a través de medidas económicas, comerciales, laborales, sindicales, asistenciales o de otra índole, con la finalidad de mejorar la situación de igualdad entre las mujeres y hombres en su entorno social.

En cuanto a las empresas con consejos de administración domiciliadas en Galicia remitirán, dentro del mes de enero de cada año natural, información desglosada por sexos sobre la composición de sus consejos de administración al departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo y cualquier otra empresa con agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en Galicia, voluntariamente, podrá remitir tal información al departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo.

La ley regula la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad: La Marca Gallega de Excelencia en Igualdad es un distintivo a través del cual se reconoce por la Xunta de Galicia a aquellas empresas que destaquen en la aplicación de las políticas de igualdad.

Podrán optar a la calificación de Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, para sus productos o sus servicios, las empresas, sean de capital privado o capital público, que tengan su domicilio en Galicia o con agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en Galicia, siempre que, a la vez, hubieran contratado personal en Galicia. Para obtener la Marca

Gallega de Excelencia en Igualdad, las empresas deberán presentar en el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad real existente en su organización y en su funcionamiento con respecto a las relaciones de trabajo y a la publicidad de los productos y servicios prestados por la empresa.

Del mismo modo se establece que La Alianza Cooperativa Internacional establece que las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad; por tanto, en consonancia con estos principios y con la consideración entre ellos de la igualdad y de la no discriminación como valor fundamental, los socios y socias de las sociedades cooperativas gallegas tienen las mismas obligaciones y derechos, producto de la aplicación, tanto por los poderes públicos como entre los sujetos privados, de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia.

Se apuesta por la promoción de la igualdad en el ámbito de la negociación colectiva y de las relaciones colectivas de trabajo, así la Comisión Consultiva Autonómica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Negociación Colectiva, adscrita orgánicamente al Consejo Gallego de Relaciones Laborales, es un órgano de asesoramiento, control y promoción de la igualdad por razón de género en la negociación colectiva gallega.

La Comisión Consultiva Autonómica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Negociación Colectiva estará integrada de la manera siguiente:

- a) La presidencia, que será desempeñada por la del Consejo Gallego de Relaciones Laborales, dotada de voto de calidad.
- b) Tres personas en representación de las organizaciones sindicales más representativas con implantación en Galicia.

c) Tres personas en representación de las organizaciones empresariales más representativas con implantación en Galicia.

d) Tres personas de reconocido prestigio en materia de igualdad por razón de género, quienes actuarán con voz pero sin voto, que a propuesta de la presidencia de la comisión consultiva, oído el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad, serán designadas por decisión adoptada por consenso de la propia comisión.

En cualquier caso, al menos el 50% del total de personas componentes con pleno derecho a voto habrán de pertenecer al sexo menos representado en la población laboral activa en Galicia.

En el ejercicio de las competencias de control de legalidad de los convenios colectivos establecidas en el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo solicitará un informe a la Comisión Consultiva Autonómica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Negociación Colectiva. La impugnación de oficio de los convenios colectivos que contengan cláusulas discriminatorias o atenten contra el principio de igualdad de oportunidades será realizada por el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.

En desarrollo de sus competencias sobre diseño de los contenidos de los títulos de formación profesional, autorización, gestión y homologación de los centros formativos, programación y ejecución de actuaciones concretas, información y orientación profesional, evaluación de la calidad y cuantas otras pueda asumir en el marco de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, la Xunta de Galicia favorecerá la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres mediante actuaciones tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación, a

eliminar la segregación profesional horizontal y vertical y a eliminar la totalidad de las desventajas de partida que afecten al colectivo de las mujeres.

En materia de formación continua, se prevé que el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, dentro del marco de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, atenderá especialmente a la consideración de las mujeres como colectivo prioritario en el ámbito de la formación continua de personas ocupadas, a través de medidas que faciliten su acceso a la misma y a través de medidas de apoyo, seguimiento y control. En particular, se incentivará el acceso de las mujeres a los grupos más cualificados y se fomentará la compensación de los períodos de abandono temporal o reducción de jornada por trabajadores y trabajadoras a causa de conciliar la vida personal, familiar y laboral.

Se diseñan políticas activas de empleo dirigidas a la mujer, de este modo resulta que en el diseño, planificación y ejecución de las acciones formativas, informativas, orientadoras y de fomento y promoción, el Servicio Gallego de Colocación atenderá de forma prioritaria a las personas del sexo con menos presencia en la población activa de Galicia. El departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo desarrollará reglamentariamente los criterios de los programas y las medidas que conforman las políticas activas de empleo para que equiparen los dos sexos en el empleo por cuenta ajena y por cuenta propia.

En el marco de su consideración como colectivo prioritario reconocido en el artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, las políticas activas de empleo valorarán las circunstancias de las mujeres con especiales dificultades de inserción laboral o en situaciones marcadas por la desventaja social.

Las políticas activas de empleo en Galicia tendrán en cuenta de modo prioritario la situación de las mujeres del medio rural y de las mujeres del sector marítimo-pesquero implantando programas y medidas destinadas a su efectiva inserción laboral.

Se adoptan ***Medidas de acción positiva en las actividades de formación***: ya que en cualquiera de las actividades formativas de formación profesional, ocupacional, continua o de inserción laboral activa podrán convocarse exclusivamente mujeres o prever en la convocatoria una mayoría de mujeres, y, en todo caso, la totalidad de las actividades formativas habrán de incluir un porcentaje de mujeres equivalente a la de mujeres despedidas inscritas en el Servicio Público de Empleo del ámbito sectorial de la correspondiente actuación. Al igual que en el apartado anterior se procederá en las actividades formativas destinadas al autoempleo, creación de empresas, cooperativas o mejora empresarial.

Se imponen una serie de ***Contenidos obligatorios en las actividades de formación***: en la totalidad de las actividades formativas de formación profesional, ocupacional y continua o de inserción laboral activa financiadas por el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo se introducirá un módulo formativo sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y sobre corresponsabilidad familiar y doméstica, cuya duración será de cinco horas en los cursos de duración menor o igual a cincuenta horas y de diez horas en los cursos de duración superior a cincuenta horas.

La contratación del profesorado de los módulos de igualdad de oportunidades y conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que estará acreditado, en los términos establecidos reglamentariamente, por el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, será subvencionada por éste, en los términos reglamentarios establecidos, en la cuantía íntegra de los costes salariales y de las cotizaciones por contingencias comunes.

Se toman medidas conciliatorias con las actividades formativas: los centros públicos destinados a impartir actividades formativas de carácter ocupacional y continua procurarán que el alumnado disponga, en sus instalaciones o en instalaciones concertadas dentro de un área de quinientos metros del local en donde se imparte la actividad, de un servicio de guardería con comedor y una sala de lactación, dirigidos a la atención de sus hijos/hijas o menores acogidos/acogidas o convivientes menores de tres años.

En el caso de centros privados acreditados para la formación, con vistas a su adaptación a las mismas condiciones que en el caso de los centros públicos, el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo apoyará económicamente, en los términos que serán establecidos reglamentariamente, aquellos centros que hayan promovido la puesta en marcha de las condiciones materiales y personales necesarias para facilitar al alumnado los cuidados de los y las menores de tres años a su cargo. En los mismos términos se actuará con respeto al alumnado que tiene personas dependientes a su cargo.

Los centros acreditados para actividades formativas procurarán adecuar la ubicación del lugar donde se fueran a realizar estas actividades y sus horarios a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y formativa del alumnado al que fueran dirigidas.

El departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo elaborará un documento único que se denominará Plan gallego de empleo femenino, con las actuaciones programadas en relación a la política de empleo destinada a promover la inserción laboral efectiva de las mujeres. El Plan gallego de empleo femenino considerará especialmente la participación de las mujeres rurales y del sector marítimo-pesquero en un desarrollo sostenible.

Se regulan los denominados bancos municipales de tiempo, estableciéndose que los bancos municipales de tiempo facilitarán a las personas empadronadas en el correspondiente municipio la conciliación de su vida personal, familiar y laboral mediante la realización de labores domésticas concretas, en especial aquellas que exijan desplazamientos, como la realización de la compra diaria o de gestiones de índole administrativa, y de labores de cuidado o mera compañía de menores de edad y de personas dependientes.

El Consejo Gallego de Participación de las Mujeres en el Ámbito del Empleo y de las Relaciones Laborales es un órgano de participación, mediante un canal de libre adhesión de las mujeres, y de interlocución de éstas con la Xunta de Galicia a través del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo; dicho consejo será presidido por la persona titular del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, estando representado en este consejo el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad, las representantes de las asociaciones de mujeres, las representantes de los sindicatos más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma y las representantes de la Confederación de Empresarios de Galicia y si se crease un consejo gallego de las mujeres por parte del departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad, el Consejo Gallego de Participación de las Mujeres en el Ámbito del Empleo y de las Relaciones Laborales se integrará en el mismo.

Dentro de la normativa autonómica citar también en tercer lugar el Decreto 33/2007, de 1 marzo, que Crea la Unidad de Mujer y Ciencia de Galicia. Dicha unidad tendrá como finalidad incrementar la presencia de la mujer en los ámbitos científico y tecnológico de Galicia.

Sus actuaciones irán encaminadas, en una perspectiva integral, a promover la eliminación de los desequilibrios que puedan existir en lo relativo a la

formación científica, en el ámbito de la investigación e innovación y en la gestión de la I+D+i, así como a situar en los estudios y actividades científicas la perspectiva de género en un primer plano.

La Unidad de Mujer y Ciencia es un órgano colegiado de asesoramiento, propuesta y colaboración integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y que se adscribe al departamento competente en materia de políticas de igualdad.

La Unidad Mujer y Ciencia estará constituida por los siguientes miembros:

- Presidenta/e.
- Vicepresidenta/e primera/o.
- Vicepresidenta/e segunda/o.
- Vicepresidenta/e tercera/o.
- Secretaria/o.
- Vocales

La Unidad de Mujer y Ciencia tendrá las siguientes funciones:

- Elaborar propuestas y recomendaciones para promover la equidad de hombres y mujeres en el ámbito de la ciencia y la tecnología gallegas.
- Realizar informes y evaluaciones que permitan establecer la situación actual de las mujeres en el ámbito científico y tecnológico y su evolución en el tiempo y sensibilicen a la sociedad sobre la presencia real de las mujeres en estos ámbitos, tanto en los niveles educativos como en el desarrollo profesional.
- Promover ante las diferentes instituciones y organismos con responsabilidades en los ámbitos científico y tecnológico gallegos, la unificación de los criterios en la elaboración de indicadores



desglosados por sexos, así como la publicación y difusión de los datos resultantes de la manera más amplia posible.

- Colaborar con la administración educativa en el diseño de acciones formativas y de sensibilización para fomentar en todos los ámbitos y niveles educativos (enseñanza primaria, enseñanza secundaria obligatoria [ESO], bachillerato, ciclos formativos de grado medio y superior y enseñanza universitaria) la orientación no sexista y promover la presencia de las mujeres en los itinerarios y/o especialidades científicas y tecnológicas.
- Poner en marcha un Programa Gallego de Mujer y Ciencia que, entre otras cuestiones: Elabore un estudio histórico que permita la difusión y visibilización en la sociedad de las contribuciones realizadas por las mujeres en Galicia a la ciencia y a la tecnología, lleve a cabo acciones de sensibilización para promover la incorporación de las mujeres como científicas y tecnólogas en el tejido productivo....

Finalmente citar el Decreto 33/2009, de 21 enero, que regula la promoción de la igualdad en las empresas y la integración del principio de igualdad en las políticas de empleo. El objeto del Decreto es el desarrollo reglamentario de las medidas de igualdad en las empresas de Galicia previstas en el título II de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia, así como el desarrollo reglamentario de las medidas para la integración del principio de igualdad en las políticas de empleo, recogidas en el título IV de la misma Ley.

La regulación contenida en este Decreto relativa a las medidas de apoyo económico para la promoción de la igualdad se completará con la que se establezca anualmente en las órdenes de convocatorias de ayudas y subvenciones.

Las medidas de promoción de la igualdad en las empresas reguladas en este Decreto son las siguientes:

a) Las medidas de apoyo económico para la implantación de planes de igualdad, recogidas en el capítulo segundo.

b) Las medidas de apoyo económico para la adopción de medidas concretas de promoción de la igualdad, recogidas en el capítulo tercero.

c) Las medidas de apoyo técnico y asesoramiento jurídico para la implantación de planes de igualdad o para la implantación de medidas concretas de promoción de la igualdad, recogidas en el capítulo cuarto.

d) La Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, regulada en el capítulo quinto.

El departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo convocará anualmente ayudas para las empresas que, teniendo domicilio social en Galicia o con agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en Galicia tengan, a su vez, personal contratado en Galicia, para la implantación voluntaria de medidas concretas de promoción de la igualdad, incluyendo acciones de responsabilidad social. Estas medidas y acciones deberán ser acordadas con la representación legal de trabajadores y trabajadoras, o negociada en convenio colectivo de ámbito superior a la empresa. Para acceder a las ayudas, será necesario acreditar que se realizó con anterioridad a la implantación un diagnóstico desde la perspectiva de género de un parámetro concreto de igualdad y que la medida concreta de igualdad permitirá mejorar la situación del parámetro.

La secretaría general del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, a través de la unidad administrativa de igualdad, prestará el apoyo técnico y asesoramiento jurídico necesario para:

a) La adopción de un plan de igualdad.

b) La adopción de medidas concretas de promoción de la igualdad, cuando se trate de una medida de las previstas en el artículo 12 susceptibles de percibir una ayuda o subvención pública o que ya la recibió si el asesoramiento o apoyo se refiere a su aplicación.

La Xunta de Galicia promoverá en el diseño de las políticas de igualdad en el empleo:

a) La búsqueda de las mejores prácticas en el marco de la igualdad y no discriminación por causa de género.

b) La implicación activa de las organizaciones sindicales y empresariales, de las organizaciones públicas y privadas de defensa de los derechos de la mujer, de la sociedad civil y de las autoridades y corporaciones locales.

La Xunta de Galicia fijará sus objetivos cuantitativos y cualitativos en el marco de la igualdad y no discriminación por causa de género, dentro del Plan Gallego de Empleo Femenino al que se refiere el artículo 37 de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia.

Entre los objetivos cualitativos de la política de empleo figurarán necesariamente la reducción de la brecha salarial entre mujeres y hombres, la promoción de aquéllas a los grupos y categorías más cualificados y de más responsabilidad y mando, la inserción laboral de mujeres en sectores tradicionalmente masculinizados, el inicio de políticas de corresponsabilidad y conciliación, la temporalidad o indefinición del contrato, la posibilidad de que el trabajo a tiempo parcial sea voluntario, la toma en consideración de los riesgos laborales de las mujeres y la existencia de políticas concretas de igualdad y no discriminación.

En las actuaciones que corresponda realizar a la Administración autonómica gallega en la aplicación del Sistema Nacional de Calificaciones

y Formación Profesional, se primará el establecimiento y puesta en práctica de actuaciones que favorezcan la igualdad material entre mujeres y hombres y eliminen las discriminaciones directas e indirectas. En particular, se promoverán cuantas medidas de acción positiva y de discriminación positiva sean necesarias para facilitarle al sexo menos representado el acceso al mercado de trabajo y compensar su situación de desventaja en el mundo laboral.

Se asumen como fines de la formación profesional para el empleo, la mejora de la empleabilidad del sexo menos representado en la población laboral activa en Galicia, la promoción de sus competencias profesionales y la superación progresiva de la segmentación del mercado de trabajo entre mujeres y hombres.

Para favorecer la adquisición de conocimientos teóricos y prácticos en materia de igualdad, el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, según las correspondientes órdenes anuales de convocatoria, subvencionará la contratación de personas expertas docentes que impartan módulos formativos en materia de igualdad en la formación para el empleo en organizaciones sindicales y empresariales de Galicia. Las subvenciones cubrirán el 100% de los costes sociales derivados de la contratación de los trabajadores o trabajadoras con especialización en igualdad al objeto de impartir la formación en materia de igualdad y corresponsabilidad familiar y doméstica.

En cuanto al fomento del emprendimiento femenino se dispone que el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, sin perjuicio de las competencias que tenga atribuidas el departamento de la Administración autonómica en materia de igualdad, procederá anualmente a convocar ayudas económicas para financiar las nuevas iniciativas empresariales promovidas por mujeres.

Se adoptarán medidas de discriminación positiva cuando se trate de mujeres pertenecientes a los colectivos señalados como con especiales dificultades de inserción laboral o en situaciones marcadas por la desventaja social en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia. Finalmente para favorecer la participación de las mujeres empresarias y emprendedoras en procesos formativos relacionados con el sector de su actividad empresarial y de impulsar la mejora de su situación laboral, el departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de trabajo procederá a:

- a) Establecer derecho preferente de las mujeres que acrediten tener creada una empresa en los diversos ámbitos profesionales para participar en cursos de formación organizados o subvencionados por el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, relacionados con los sectores laborales de los que trate su empresa.
- b) Establecer acciones formativas específicas dirigidas a empresarias de los diversos sectores profesionales.

**Cristina Castroviejo Ojea**



# **V.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

# **1. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO.**

## **(A.2.) V. Derecho de la Unión Europea.**

### **Tema 1. La Constitución y la acción exterior del Estado. Los tratados internacionales. Las comunidades autónomas y la acción exterior del Estado.**

#### **1.1. LA CONSTITUCION Y LA ACCION EXTERIOR DEL ESTADO.**

Los elementos estructurales de la acción exterior del Estado - competencias, funciones, representación *ad extra*, ...- vienen articulados en nuestra Constitución, aunque para entender su alcance y significado habrá que analizar algunas normas básicas de Derecho Internacional.

Todo Estado precisa relacionarse con otros Estados y con las organizaciones en las que éstos se agrupan. Tras la Carta constituyente de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, el 26 de junio 1945, se creó un marco jurídico que permite que esas relaciones se conduzcan de forma ordenada en la órbita internacional.

En dicha Carta fundacional de Naciones Unidas se recogía la importancia de que los Estados formen y expresen su voluntad de acuerdo con sus normas constitucionales. Así se explicita, entre otros, en los artículos 43.3, 108, 109.2 y 110.1.

Centrándonos en el caso español, al concretar dónde residen las competencias con relevancia exterior, la Constitución refiere en su artículo 149:

<<Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)



2.<sup>a</sup> Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

3.<sup>a</sup> Relaciones internacionales. (...)

10.<sup>a</sup> Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior. (...)

16.<sup>a</sup> Sanidad exterior.>>

De todas estas materias, la más genérica es la que atañe a las relaciones internacionales. Por esta vía, en un primer momento del desarrollo constitucional, la Administración General del Estado pretendió extender esta de por sí amplia expresión a toda iniciativa autonómica en la que concurriese un mínimo factor o elemento internacional. La doctrina del Tribunal Constitucional fue evolucionando hasta matizar esa interpretación, que tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas podría vaciar de contenido sustantivo los estatutos de autonomía en lo que atañe a las políticas comunitarias, en áreas que van desde la agricultura hasta todas las vinculadas con el mercado interior europeo.

En este escenario, según la Constitución, el Gobierno es el actor político fundamental:

<<Artículo 97

El Gobierno dirige la política interior y exterior (...)>>

Incluso en la acción exterior del Estado, la Constitución modula el ejercicio en la materia por el poder legislativo, por tratarse todo lo internacional de un ámbito muy sensible y de potencial responsabilidad *ad extra* del Estado:

<<Artículo 75

1. Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones.

2. Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no

obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación.

3. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior (...), las cuestiones internacionales, (...).>>

Ello explica también la interdicción de la iniciativa legislativa popular en lo que afecte a las relaciones de España con la comunidad internacional:

<<Artículo 87 (...)

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso, se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias (...) de carácter internacional, (...).>>

Siendo pues el núcleo de la acción exterior (relaciones diplomáticas, firma de tratados, declaración de guerra) algo que forma parte de las prerrogativas estatales por excelencia, se explica que la representación exterior del Estado recaiga en primer lugar en el Rey:

<<Artículo 56

1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.>>

<<Artículo 63

1. El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.

2. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.>>

Para comprender en toda su extensión el contexto en el que España ha de desenvolver sus relaciones internacionales, conviene además tener en cuenta el engarce de esas previsiones constitucionales con las de las normas internacionales que ordenan dichas relaciones. Entre esas normas cabe destacar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969:

<<Artículo 7. Plenos poderes.

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

a) si se presentan los adecuados plenos poderes, o  
b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;

- b) los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
- c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

Artículo 8. Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización.

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.>>

Igualmente, en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (Instrumento de Adhesión de España de 21 de noviembre de 1967; BOE nº 21, de 24 de enero de 1968), se enfatiza el rol de los Estados al afirmar:

<<Artículo 2

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo.

Artículo 3

1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

- a) Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- c) Negociar con el Gobierno del Estado receptor;

- d) Enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al Gobierno del Estado acreditante;
- e) Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor. >>

## **1.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.**

La Constitución española fundamenta a España como un Estado de Derecho homologable con cualquier Estado occidental, que quiere guiarse en la comunidad internacional por el Derecho Internacional.

Desde el punto de vista positivo, la Constitución no sólo recoge todo un Capítulo, el III, dentro de su Título III, dedicado en exclusiva a los tratados internacionales. Además, subraya en otros preceptos el especial valor jurídico que tienen los tratados firmados por España dentro de nuestro Ordenamiento:

<<Artículo 10. (...)

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.>>

<<Artículo 11. (...)

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aún cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.>>

<<Artículo 13.

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. (...)>>

Ya en el Capítulo III (“De los tratados internacionales”) del Título III (“De las Cortes Generales”) se especifica el valor y efectos de los tratados en cuatro artículos de especial trascendencia:

<<Artículo 93.

Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.>>

En relación con este artículo, es importante recordar su plasmación práctica en la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, que dispone:

<<Culminado con la firma del Tratado de Adhesión, el proceso de negociación para la integración de España en las Comunidades Europeas, que constituye un hito histórico para el pueblo español, unido en la voluntad de lograr la realización de los objetivos de los Tratados constitutivos de aquéllas, procede, de acuerdo con lo previsto en el [artículo 93 de la Constitución española](#), autorizar a tal efecto la prestación del consentimiento del Estado mediante la presente Ley Orgánica.

#### Artículo Primero.

1. Se autoriza la ratificación por el Reino de España del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985 entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de España y la República Portuguesa, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

2. Se autoriza la adhesión del Reino de España al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el día 18 de abril de 1951, tal y como ha sido modificado o completado, y en los términos establecidos en la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985.

#### Artículo Segundo.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.>>

De esta manera tan sucinta, España atribuyó el ejercicio de competencias derivadas de su Constitución a la que hoy es la Unión Europea.

Para los tratados que no impliquen aquella atribución en el ejercicio de competencias, que son la mayoría de ellos, la Constitución establece un procedimiento ordinario:

<<Artículo 94.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.>>

A continuación, dada la peculiar posición jurídica de los tratados en nuestro Ordenamiento jurídico, la Constitución prevé incluso cómo encauzar las posibles incompatibilidades *a priori* entre un Tratado y la propia Constitución:

<<Artículo 95.

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.>>



En su Declaración 1/1992, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre la hipotética contradicción entre el Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht) y nuestra Constitución. De este trascendental e inusual documento jurídico vale la pena destacar los siguientes pasajes:

#### <<I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 13 de mayo de 1992, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta y en virtud del Acuerdo adoptado por el Gobierno de la Nación en la reunión del Consejo de Ministros, celebrada el 24 de abril de 1992, al amparo de lo dispuesto en el art. 95.2 de la Constitución y en el art. 78.1 LOTC, requiere a este Tribunal para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, T.C.C.E.E.), en la redacción que resultaría del art. G B, 10 del Tratado de la Unión Europea (en lo que sigue, T.U.E.), hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992, emitiendo una declaración sobre los extremos recogidos en el mencionado Acuerdo.

En el Acuerdo del Consejo de Ministros del día 24 de abril de 1992 se resuelve, en efecto, iniciar el procedimiento de consulta previsto en el art. 95.2 de la Constitución al objeto de que este Tribunal se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la constitución y el art. 8 B, apartado 1, del T.C.C.E.E., en la redacción dada por el art. G B, apartado 10, del T.U.E., cuyo texto es el siguiente:

1. «Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de diciembre de 1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades

podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro. (...)

## II. Fundamentos jurídicos

1. Este requerimiento que el Gobierno plantea es el primero formulado por el cauce que establece el art. 95.2 de la Constitución, desarrollado, a su vez, por el art. 78 de nuestra Ley Orgánica. Por ello y para mejor aclarar también los términos de la presente cuestión, es preciso realizar ahora alguna consideración previa sobre el procedimiento regulado en aquellas normas y sobre el ámbito de la cuestión que ha sido sometida al examen de este Tribunal.

Mediante la vía prevista en su art. 95.2 la Norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un Tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado (art. 78.1 de la LOTC). Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 de la Norma fundamental). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el Tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la Declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo.

Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c), 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 C.E.), es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma

pactada: El riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar. Esta doble finalidad es, en consecuencia, la que ha de tenerse en cuenta para interpretar, tanto el art. 95 C.E., como el 78 LOTC a fin de precisar cuál es el objeto propio de nuestra decisión, el alcance de ésta y la función que en su adopción desempeñan este Tribunal y los órganos legitimados para requerirlo y ser oídos en los requerimientos deducidos por otros.

En cuanto a este último extremo ha de comenzar por precisarse que lo que de nosotros puede solicitarse es una Declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante.

Por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados. Su examen debe ceñirse, en coherencia con ello, al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del Tratado que hayan sido sometidas a control previo, pues el art. 95.1 de aquélla ha reservado en exclusiva al Gobierno y a una u otra de ambas Cámaras la facultad de formular esta duda de constitucionalidad, cuyo planteamiento y elucidación *ex officio* no le corresponde, por tanto, al Tribunal, el cual, al igual que en los demás procedimientos, carece de iniciativa, y está vinculado al principio constitucional de congruencia. Ello sin perjuicio de que este Tribunal pueda

solicitar nuevas informaciones y aclaraciones o ampliaciones de conformidad con el art. 78.3 de la LOTC.

Pero, en cualquier caso, bien la resolución emanada de este Tribunal confirme la constitucionalidad de la norma convencional objeto de examen, y bien declare, por el contrario, su contradicción con nuestra Ley fundamental, dicha resolución posee los efectos materiales de la cosa juzgada. Aunque la forma de dicha declaración no pueda merecer la calificación legal de «Sentencia» (cfr. art. 86.2 LOTC), es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante (art. 78.2 id.) y, en cuanto tal, produce *erga omnes* (art. 164.1 *in fine* C.E.) todos los efectos de la cosa juzgada, tanto los negativos o excluyentes, que impedirían trasladar a este Tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, cuanto los positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra declaración; en particular, si su contenido fuera el de que una determinada estipulación es contraria a la Constitución, el efecto ejecutivo inmediato y directo ha de ser la reforma de la Constitución con carácter previo a la aprobación del Tratado. (...)

4. En los Antecedentes se ha expuesto la primera de las argumentaciones que el Gobierno adelanta a fin de propiciar, sin reforma de la Constitución, una posible integración de la colisión existente entre su art. 13.2 y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en la versión que al mismo habría de dar el Tratado de la Unión Europea. Sin reproducir aquí, por tanto, dicha argumentación, lo que ahora hemos de considerar es si, en virtud de lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución, es posible proceder a la ratificación de aquel precepto del Tratado de la Unión Europea sin la previa revisión de la Norma fundamental o, en otras palabras, si la disposición constitucional citada despeja o elimina la incompatibilidad que en este punto es de apreciar entre el Tratado y la Norma fundamental.

En lo que aquí más importa, el art. 93 de la Norma fundamental dispone que «mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», previsión que, según es harto conocida, ha permitido la integración de España en las Comunidades Europeas (Leyes Orgánicas 10/1985 y 4/1986). No es leve, desde luego, la complejidad que entraña este precepto «orgánico-procedimental» (STC 28/1991, fundamento jurídico 4º), que aquí ha de ser considerado, sin embargo, tan sólo en conexión con lo dispuesto en el art. 95.1 de la Constitución y a fin de determinar, por consiguiente, si la Ley Orgánica a la que aquél remite es instrumento idóneo para excepcionar, como lo haría el texto sometido a examen, el límite que el art. 13.2 dispone en orden a la extensión a los extranjeros por Tratado o por Ley, del derecho de sufragio.

La respuesta a tal cuestión no puede ser sino negativa.

El art. 93 permite atribuciones o cesiones para «el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» y su actualización comportará -ha comportado ya- una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de «derechos soberanos», en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso Costa/Enel, Sentencia de 15 de julio de 1964). Para que esa limitación se opere es indispensable, sin embargo, que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se cede o transfiere competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el art. 13.2, no podría atribuirseles. (...)

5. La antinomia entre el precepto sometido a examen de constitucionalidad y el art. 13.2 de la Norma fundamental no es, pues, reducible a través de lo previsto en el art. 93 de la Constitución. Otro tanto hay que decir, por lo

demás, ante la sugerencia que en el Requerimiento se hace en orden a superar o relativizar, de nuevo, el límite de aquel precepto y la consiguiente exigencia de reforma de la Constitución, a través de la hipotética equiparación legislativa de los ciudadanos de la Unión Europea, «a efectos» del derecho de sufragio municipal, como nacionales españoles.

Siendo cierto que la Constitución no define quiénes son españoles (tarea que defiere -*sic*- al Legislador en su art. 11.1), y resultando, asimismo, indiscutible que no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales, y que puede ser diverso también el de unos y otros extranjeros, es patente, sin embargo, que la Constitución, en su art. 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art. 9.1 de la Norma fundamental), en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de las no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos -como el de sufragio pasivo que aquí importa- que no pueden ser atribuidos, ni por Ley, ni por Tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución. Pues bien, este límite constitucional desaparecería -y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución- si tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto, según la cual pudiera el Legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el art. 13.2 C.E. El Legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quiénes son españoles, es decir, quiénes tienen, potencialmente, capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna. Pero no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como

es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el art. 13.2 de la Constitución.

Lo anterior no podría, claro está, ser desvirtuado por la alusión que en el Requerimiento se hace al expediente de las ficciones legales. Una ficción legal no es otra cosa que una construcción jurídica que tiene por objeto, contrariando la realidad, introducir en el ámbito de aplicación de una norma anterior un supuesto de hecho que, de otra forma, estaría excluido del mismo, siendo una de sus notas definitorias esenciales el no ser medio idóneo para operar sobre lo jurídicamente imposible, como lo es el reformar la Constitución al margen de los procedimientos expresamente previstos con tal objeto en los arts. 167 y 168 de la propia Constitución, procedimientos que el Legislador, sometido como está al principio de supremacía de la Norma fundamental, no puede en modo alguno soslayar, ni directamente, ni mediante la técnica indirecta, excepcional y subsidiaria de la *fictio juris*.

6. La conclusión que se impone es, pues, la de que existe una contradicción, irreductible por vía de interpretación, entre el art. 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, según quedaría el mismo redactado por el Tratado de la Unión Europea, de una parte, y el art. 13.2 de nuestra Constitución, de otra; contradicción que afecta a la parte de aquel precepto que reconocería el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a un conjunto genérico de personas (los nacionales de otros países miembros de la Comunidad) que no tienen la condición de españoles. La única vía existente en Derecho para superar tal antinomia, y para ratificar o firmar aquel Tratado, es, así, la que ha previsto la Constitución en su art. 95.1: La previa revisión de la Norma fundamental en la parte de la misma que impone hoy la conclusión de esta Declaración. Dicha reforma constitucional habrá de remover el obstáculo contenido en el art. 13.2, que impide extender a los no nacionales el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere la conclusión de que, al no contrariar el precepto examinado otra norma de la Constitución distinta

al art. 13.2 de la misma, el procedimiento para la revisión constitucional, que prevé el art. 95.1, ha de ser el de carácter general u ordinario contemplado en el art. 167 de nuestra Ley fundamental. Con esta última declaración damos respuesta a la última de las cuestiones suscitadas por el Gobierno.>>

En consecuencia, tras esta contundente e impecable argumentación jurídica, el Tribunal Constitucional concluye determinando:

<<1º Que la estipulación contenida en el futuro art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al art. 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles.

2º Que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su art. 167.>>

La relevancia de los tratados, y en concreto del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, viene refrendado además por el hecho de que, desde 1978, la reforma constitucional haya tenido que aguardar a esta vicisitud para ser inaugurada.

En la Declaración 1/2004, que no dio pie a otra reforma constitucional, el Tribunal Constitucional examinó la congruencia de nuestra Norma de normas con el *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, concluyendo:

<<1.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.



2.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 de dicho Tratado.

3.º Que el art. 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido.

4.º Que no procede hacer declaración alguna en cuanto a la cuarta de las preguntas del Gobierno.>>

El artículo 96, que cierra el Capítulo III del Título III de la Constitución, proclama la incorporación y efectos de los tratados a nuestro Ordenamiento:

<<1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.>>

Conviene no obstante, para comprender el alcance que nuestra Constitución otorga a los tratados, integrar sus preceptos con la terminología auténtica incorporada a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, que detalla:

<<Artículo 2. Términos empleados.

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más

instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

- b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;
- c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;
- d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;
- e) se entiende por un "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;
- f) se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;
- g) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado esta en vigor;
- h) se entiende por "Tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado;
- i) se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.>>

Asimismo, es preciso recordar lo establecido por dicha Convención en dos casos concretos, donde pueden surgir conflictos entre el acto internacional y la Constitución:

<<Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Artículo 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.

Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.>>

### **1.3. LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LA ACCION EXTERIOR DEL ESTADO.**

Las Comunidades Autónomas son integrantes del Estado y, por añadidura, poseen competencias susceptibles de una natural y consustancial proyección exterior, más allá de las fronteras españolas, como pueden ser el turismo, la atención a los emigrantes o la promoción comercial, entre otras.

Durante el desarrollo del sistema autonómico español, la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando. Entre las sentencias más reseñables de ese proceso evolutivo podemos resaltar en una primera fase la 154/1985, sobre el Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia.

Mediante el Decreto 120/1982, de 5 de octubre, de la Xunta de Galicia, se crea el Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia. En su artículo 2 se precisa que «el ámbito de actuación del Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia abarcará el territorio de la Comunidad Gallega. Su aplicación se extenderá también, en su caso, a los emigrantes y a las Comunidades Gallegas asentadas fuera de Galicia». Por este último inciso, invocando el artículo 149.1.2ª, 3ª y 30ª de la Constitución, el Consejo de Ministros decide plantear conflicto positivo de competencias. Al respecto, el Tribunal Constitucional concluye por aquel entonces que <<la titularidad de la competencia controvertida, en cuanto suponga actuación de poderes públicos en el extranjero, corresponde al Estado (...)>>.

Otra Sentencia del Tribunal Constitucional en la misma línea interpretativa originaria es la 137/1989, donde la representación del Estado promovió conflicto positivo de competencias frente a la Xunta de Galicia, en relación con el denominado «Comunicado de Colaboración» suscrito el 2 de noviembre de 1984 entre el Conselleiro de Ordenación do Territorio e Medio Ambiente, por un lado, y la Dirección General del Medio Ambiente del Gobierno del Reino de Dinamarca, por otro.

La fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional en esta Sentencia es un compendio de la línea mayoritaria por aquel entonces en lo concerniente a la acción exterior autonómica. Nótese, sin embargo, que las circunstancias enjuiciadas son previas al hecho crucial de la adhesión de España a las Comunidades Europeas. En definitiva argumenta el Pleno:

<< 3. Obligados como estamos, pues, a enjuiciar el Comunicado recurrido desde la óptica de la conformidad o disconformidad con el orden de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad, se ha de empezar, al respecto, por constatar que el constituyente -en un precepto de alcance perfectamente meditado e inequívoco, según se deduce de sus antecedentes parlamentarios- ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de relaciones internacionales. Este carácter de la materia citada ya ha sido observado con anterioridad, si bien escuetamente, por este Tribunal (así en las SSTC 44/1982, fundamento jurídico 4.º y 154/1985, fundamento jurídico 5.º). Ahora tenemos que precisarlo más, en atención al supuesto contemplado en el presente proceso.

A fin de acotar correctamente la cuestión aquí objeto de debate, se debe señalar que ésta no hace referencia al papel que corresponde a las Comunidades Autónomas en general, y a la de Galicia en particular, en los procedimientos internos de elaboración y ejecución de los Tratados Internacionales. La cuestión es, en efecto, otra: la de si el título competencial contenido en el art. 149.1, 3ª de la C.E. elimina de raíz cualquier forma de *ius contrahendi* de los entes autonómicos. De resultar ello así, todo Convenio o Acuerdo celebrado por uno de tales entes con una organización internacional, un Estado u otro ente intraestatal extranjeros, adolecería de inconstitucionalidad, y ello con independencia de la competencia del ente aludido sobre el sector material de actividad concreto objeto de pacción.

4. Ha sido objeto de críticas doctrinales el hecho de que el constituyente, pasando por alto la heterogeneidad que hoy tienen las relaciones internacionales y la conexión que frecuentemente guardan las actuaciones a que dan lugar con aquellas competencias que las Comunidades Autónomas pueden ostentar en sus Estatutos con arreglo a lo dispuesto en los arts. 148.1 y 149.1 de la C.E. haya, no obstante, definido dicha materia con denominación tan sintética. Tales críticas se mueven, sin embargo, como es claro, en el plano de *Constitutione ferenda*; en la perspectiva de *Constitutione lata* (sic) existe unanimidad doctrinal en afirmar la exclusiva titularidad estatal de la competencia para obligarse por medio de Convenios o Tratados internacionales. Nuestra Constitución no contiene salvedad o excepción alguna al respecto en beneficio de las Comunidades Autónomas, ni en función de tales o cuales materias, aunque, como es claro, tampoco impide que la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas se proyecte también en este ámbito, mediante estructuras adecuadas, para las que tanto la propia Constitución (art. 150.2 ) como el Derecho Comparado (Tratados-marco, etcétera) ofrecen amplias posibilidades.

La conclusión de que en el Derecho español el *treaty-making power* pertenece al Estado y únicamente a él, no sólo se deduce, sin embargo, del art. 149.1, 3.ª del Texto constitucional aisladamente considerado, sino que encuentra asimismo fundamento y confirmación en otros preceptos de la Constitución, en los antecedentes de la elaboración de ésta y en la interpretación efectuada al propósito por el legislador de los Estatutos de Autonomía.

Así, en los arts. 93 y 94.1 de la Constitución se exige la intervención previa de las Cortes Generales autorizando la celebración de determinado tipo de Tratados, celebración que compete en exclusiva al *ius contrahendi* del Estado. Hay otra clase de Tratados para los que no se requiere autorización parlamentaria, sino la inmediata información a las Cámaras de su conclusión (art. 94.2). También compete al Estado la celebración de

estos Tratados, ya que la ubicación contextual del art. 94.2 permite apreciar sin dificultad que tal celebración corresponde al Gobierno de la Nación. Ello no supone que el título competencial del Estado en la celebración de Tratados se encuentre en los arts. 93 y 94 de la C.E. -los cuales regulan simplemente la intervención de las Cortes Generales y del Gobierno en el proceso decisorio correspondiente-, sino en el art. 149.1, 3.<sup>a</sup>, cuyo debido alcance aquellos preceptos contribuyen a perfilar. Como lo hace asimismo el art. 97, que encomienda al Gobierno la dirección de la política exterior, en este y en otros aspectos de las «relaciones internacionales».

En cuanto a los antecedentes de la elaboración de la Constitución cabe observar que los constituyentes tuvieron ocasión de pronunciarse sobre la cuestión del *ius contrahendi* de las Comunidades Autónomas a resultas de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco al anteproyecto constitucional, enmienda en la que se proponía que la competencia exclusiva del Estado se entendiese «sin perjuicio de que en aquellas materias comprendidas en el ámbito de la potestad normativa de los territorios autónomos éstos puedan concertar acuerdos con el consentimiento del Gobierno del Estado». La enmienda fue derrotada en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso y retirada en el debate plenario por sus promotores.

Por otro lado, los Estatutos de Autonomía se limitan, en la cuestión que examinamos, a facultar, en general, a las Comunidades Autónomas para instar del Estado la negociación de ciertos Tratados y/o para recibir información acerca de la negociación relativa a los Tratados referentes a ciertas materias. En cambio, el Estatuto gallego establece que la Comunidad Autónoma «podrá solicitar del Gobierno que celebre y presenten, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización los Tratados o Convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que mantenga particulares vínculos culturales o lingüísticos» (art. 35.3), precepto éste cuya ubicación sistemática dentro de la regulación de los Convenios y Acuerdos de

cooperación entre la Comunidad Autónoma de Galicia y las demás Comunidades Autónomas (art. 35.1 y 2) resulta expresiva del ceñido ámbito de pacción a que ha de circunscribirse, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto, la aludida Comunidad.

5. Alcanzada, en virtud de lo expuesto, la conclusión de que sólo al Estado le es dable concertar pactos internacionales sobre toda suerte de materias (no importa ahora con qué límites, sino que basta con afirmar la existencia en nuestro Derecho de un único sujeto dotado de *ius contrahendi* en la esfera de las relaciones internacionales), es claro que el acto impugnado en este proceso -el Comunicado suscrito por la Junta de Galicia y la Dirección danesa del Medio Ambiente-, en cuanto que refleja la existencia de un acuerdo o compromiso recíproco de ambas partes implica el ejercicio por la Junta de Galicia de una competencia de la que constitucional y estatutariamente carece. Poco importa aquí que el Acuerdo citado comprometa o no la responsabilidad internacional del Estado. Lo importante es que su mera existencia revela que la Comunidad Autónoma de Galicia, actuando en nombre propio y al margen de toda actuación del Estado, ha realizado un acto ilegítimo desde una perspectiva interna, constitucional, puesto que el *ius contrahendi* pertenece en nuestro Derecho exclusivamente al Estado.>>

Por tales circunstancias, el Tribunal Constitucional sentenció que la titularidad de la competencia controvertida correspondía al Estado en cuanto al Acuerdo de colaboración implícito en el Comunicado suscrito el 2 de noviembre de 1984, en nombre de la Consellería de Ordenación do Territorio y la Dirección del Medio Ambiente del Gobierno de Dinamarca.

Con todo, esta Sentencia sobre el Acuerdo galaico-danés, registró un voto particular suscrito por cuatro magistrados, que abría una nueva línea interpretativa del rol exterior de las Comunidades Autónomas.



Pero el punto de inflexión de la previa doctrina constitucional se dio con la Sentencia 165/1994, aunque el cambio ya se aventuraba en las sentencias que comenzaron a evaluar la intervención autonómica en la ejecución del Derecho Comunitario, sin que ello pudiese ser cuestionado invocando una genérica responsabilidad internacional del Estado (v.gr. SsTC 79/1992 y 117/1992).

El detonante del conflicto positivo de competencias, interesado por la Administración General del Estado, fue el Decreto del Gobierno vasco 89/1988, de 19 de abril, cuyo inciso del artículo 4 disponía: «y en el que se encuadra su oficina en Bruselas»; además, en otro inciso del artículo 23, párrafo primero, se disponía: «y actuará como órgano de relación y coordinación general con dichas Instituciones», y, por añadidura, el apartado a) del artículo 23 hablaba de «coordinar las relaciones que se produzcan entre las Instituciones Públicas Vascas y los Organismos Comunitarios y el Consejo de Europa». Cabe añadir que, también en 1988, la Xunta de Galicia promovió la creación de la Fundación Galicia Europa, que abriría inmediatamente una Oficina en Bruselas.

En los fundamentos jurídicos de esta Sentencia 165/1994 detalla el Tribunal Constitucional por qué es constitucional esta forma de acción exterior autonómica:

<< 4. (...) Por consiguiente, cabe estimar que cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como «interno». En correspondencia con lo anterior, si se trata de un Estado complejo, como es el nuestro, aun cuando sea el Estado quien participa directamente en la actividad de las Comunidades Europeas

y no las Comunidades Autónomas, es indudable que éstas poseen un interés en el desarrollo de esa dimensión comunitaria. Por lo que no puede sorprender, de un lado, que varias Comunidades Autónomas hayan creado, dentro de su organización administrativa, departamentos encargados del seguimiento y de la evolución de la actividad de las instituciones comunitarias. Y de otro lado, al igual que ocurre en el caso de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que los entes territoriales, hayan procurado establecer en las sedes de las instituciones comunitarias, mediante formas organizativas de muy distinta índole, oficinas o agencias, encargadas de recabar directamente la información necesaria sobre la actividad de dichas instituciones que pueda afectar, mediatamente, a las actividades propias de tales entes. (...)

5. No obstante lo dicho, la posibilidad de que disponen las Comunidades Autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, para llevar a cabo una actividad con proyección externa, así como el alcance que esa actividad pueda tener, cuenta con un límite evidente: las reservas que la Constitución efectúa en favor del Estado, y, señaladamente, la reserva prevista en el art. 149.1.3 de la Constitución, que confiere al Estado competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Ciertamente, para delimitar el alcance de esa reserva, es necesario tener en cuenta que no cabe identificar la materia «relaciones internacionales» con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior. Ello resulta tanto de la misma literalidad de la Constitución (que ha considerado necesario reservar específicamente al Estado áreas de actuación externa que se consideran distintas de las «relaciones internacionales»: así, «comercio exterior» -art. 149.1.10- o «Sanidad exterior» -art. 149.1.16-) como de la interpretación ya efectuada por la jurisprudencia de este Tribunal, que ha manifestado que no acepta que «cualquier relación, por lejana que sea, con temas en que estén

involucrados otros países o ciudadanos extranjeros, implique por sí sola o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla «relaciones internacionales» (STC 153/1989, fundamento jurídico 8.). Y, más cercanamente al tema que nos ocupa, hemos sentado que «la dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 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» (STC 80/1993, fundamento jurídico 3., que se remite a las SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 y 100/1991).

Ahora bien, y aun cuando no quepa identificar toda actividad de proyección exterior con la materia de «relaciones internacionales» que la Constitución reserva a la competencia estatal, no es menos cierto que esa reserva supone forzosamente que quedarán fuera de las competencias de las Comunidades Autónomas todas aquellas actuaciones que sí sean incluibles en ese título. Sobre ello ya se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones y, sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva en favor del Estado, sí ha identificado alguno de los elementos esenciales que conforman su contenido (SSTC 153/1989, fundamento jurídico 8. y 80/1993, fundamento jurídico 3.). Y aun sin pretender llevar a cabo ahora esa tarea, sin embargo, sí cabe señalar en términos generales que interpretado el art. 149.1.3 C.E. en relación con otros preceptos de la Norma fundamental, como es el caso de los arts. 63, 93 a 96 y 97, de esta interpretación claramente se desprende, de un lado y en sentido negativo, que las «relaciones internacionales», en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Ni tampoco, obvio es, con la «política exterior» en cuanto acción política del Gobierno. De otro lado, en sentido positivo, que el objeto de aquella reserva -en términos generales, como se ha dicho- son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, el aspecto más

tradicional de estas relaciones, y con las Organizaciones internacionales gubernamentales. Relaciones que, en todo caso, están regidas por el «Derecho internacional general» a que se refiere el art. 96.1 C.E., y por los tratados y convenios en vigor para España. Son, pues, las normas del Derecho internacional, general o particular, aplicables a España, las que permiten determinar en cada caso tanto el contenido de las mismas como su sujeto. Por lo que este Tribunal ha podido referirse, en relación con el art. 149.1.3 C.E., a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 y 80/1993).

En suma, pues, las «relaciones internacionales» objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 C.E. son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional. Y ello excluye, necesariamente, que los entes territoriales dotados de autonomía política, por no ser sujetos internacionales, puedan participar en las «relaciones internacionales» y, consiguientemente, concertar tratados con Estados soberanos y Organizaciones internacionales gubernamentales. Y en lo que aquí particularmente importa excluye igualmente que dichos entes puedan establecer órganos permanentes de representación ante esos sujetos, dotados de un estatuto internacional, pues ello implica un previo acuerdo con el Estado receptor o la Organización internacional ante la que ejercen sus funciones. (...)

6. A la vista del alcance de la competencia exclusiva estatal, pues, la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe entenderse limitada a aquéllas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen

responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales. (...) >>.

En consecuencia, al desestimar la demanda de la Administración General del Estado, el Tribunal Constitucional abrió con su Sentencia 165/1994 una nueva etapa para la acción exterior autonómica.

Es en este nuevo contexto en el que se encuadra la Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, Conferencia definida del siguiente modo en su artículo 1:

<<Artículo 1. Definición.

1. La Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, que se regula en la presente Ley, es un órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos comunitarios europeos.

2. En particular, la Conferencia debe garantizar la participación efectiva de las Comunidades Autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones comunitarias y en la ejecución del Derecho comunitario.

3. La Comisión de Coordinadores de Asuntos Comunitarios Europeos será el órgano de apoyo de la Conferencia. Su composición y reglas de funcionamiento serán establecidas por la propia Conferencia.>>

Y sus funciones se concretaron en el artículo 3 de la misma Ley:

<<Artículo 3. Funciones.

La Conferencia, como órgano de cooperación, de consulta y deliberación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y sin perjuicio de sus respectivas facultades de actuación en el marco de sus competencias, entenderá de las siguientes materias:

1. La información a las Comunidades Autónomas y la discusión en común sobre el desarrollo del proceso de construcción europea.
2. La articulación de mecanismos para hacer efectiva la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas.
3. El tratamiento y resolución con arreglo al principio de cooperación de aquellas cuestiones de alcance general o contenido institucional relacionadas con las Comunidades Europeas como las siguientes:
  - a. Procedimientos técnicos para asegurar la recepción de la información comunitaria de carácter general por parte de las Comunidades Autónomas.
  - b. Técnica normativa tanto para incorporar las directivas al Derecho interno como para aplicar, desarrollar o ejecutar reglamentos y decisiones.
  - c. Fórmulas de participación en los procedimientos internos para el cumplimiento de obligaciones ante las instituciones comunitarias.
  - d. Problemas planteados en la ejecución del Derecho comunitario por implicar a varias políticas comunitarias o exigir medidas internas con un cierto grado de coordinación temporal o material.
  - e. Cuestiones relativas a la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas que carezcan de una Conferencia Sectorial o instrumento equivalente donde ser tratadas.
4. El impulso y seguimiento del procedimiento de participación de las Comunidades Autónomas, a través de las respectivas Conferencias

Sectoriales u organismo equivalente, en las políticas o acciones comunitarias que afectan a las competencias de aquéllas.

5. Garantizar el cumplimiento en las Conferencias Sectoriales de los procedimientos y fórmulas de participación de las Comunidades Autónomas previstos en las materias 3.c) y 4), disponiendo la adecuada aplicación de los mismos.

6. El tratamiento de aquellas otras cuestiones de la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas que estimen oportuno.>>

Para Galicia, la aprobación del Decreto 4/1997, de 9 de enero, por el que se crea la Secretaría General de Relaciones con la Unión Europea y Acción Exterior, y de la Ley 3/2003, de 19 de junio, de cooperación para el desarrollo, han sido dos pasos de gran importancia en el afianzamiento de su acción exterior. En el caso de la referida Ley 3/2003, queda claro en su objeto (artículo 1.1): <<El objeto de la presente ley es regular las acciones con que la Comunidad gallega asume la responsabilidad de cooperar con otros países para propiciar su desarrollo integral, contribuir a la mejora de las condiciones de vida de sus habitantes y aliviar y corregir las situaciones de pobreza y propiciar un desarrollo humano solidario y estable, que incluya mayores cuotas de libertad y un reparto más justo de los frutos del crecimiento económico.>>

En el ámbito de la Administración General del Estado, esa nueva realidad se plasmó además, entre otras disposiciones, en la Resolución de 28 de febrero de 2005, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se ordena la publicación de los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004, de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la

participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea.

Autor: *José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Derecho

#### Bibliografía:

- Constitución española de 1978.
- Carta constituyente de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, el 26 de junio 1945.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.
- Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.
- Declaración 1/1992, del Tribunal Constitucional español, sobre el Tratado de la Unión Europea.
- Declaración 1/2004, del Tribunal Constitucional español, sobre Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
- STC 154/1985.
- STC 137/1989.
- STC 165/1994.
- Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas.





## **2. LA UNIÓN EUROPEA. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FINES. NACIMIENTO Y FASES DE SU EVOLUCIÓN. LOS TRATADOS ORIGINARIOS Y DE MODIFICACIÓN.**

## **(A.2) V. Derecho de la Unión Europea.**

### **Tema 2. La Unión Europea. Naturaleza, objetivos y fines. Nacimiento y fases de su evolución. Los tratados originarios y de modificación.**

#### **2.1. 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.

Robert Schuman (Ministro francés de Asuntos Exteriores) recogió una idea originalmente concebida por Jean Monnet y, el 9 de mayo de 1950, propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Situar bajo una autoridad común, la Alta Autoridad, la producción de carbón

y acero de países en otro tiempo enemigos, contenía una enorme carga simbólica: las materias primas de la guerra se transformaban en instrumentos de reconciliación y de paz. De este impulso fundacional nacerían y se desarrollarían las Comunidades Europeas.

## **2.2. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FINES.**

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, se ha perfilado de una manera más nítida la nueva Unión Europea, heredera de las primeras Comunidades Europeas.

En la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa (DOUE C 83, de 30.3.2010), los fundadores definen a esta organización internacional *sui generis* del siguiente modo:

<<Artículo 1  
(antiguo artículo 1 TUE)

Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes.

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.>>

## <<Artículo 2

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

## Artículo 3

(antiguo artículo 2 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.>>

Seguidamente, el Tratado de la Unión Europea recoge en su Título II (Disposiciones sobre los principios democráticos) cuatro artículos que contribuyen a reforzar el carácter *sui generis* de la Unión, distanciado de las meras organizaciones internacionales, ya que reconoce el protagonismo de los ciudadanos de la Unión a través de diversas vías y procedimientos:

#### <<Artículo 9

La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda

persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.>>

#### <<Artículo 10

1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.
2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.

Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.

3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.

4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.>>

#### <<Artículo 11

1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.
2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.



3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.

4. Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.>>

#### <<Artículo 12

Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

- a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;
- b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;
- c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado;

- d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;
- e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;
- f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.>>

### **2.3. NACIMIENTO Y FASES DE SU EVOLUCION.**

En una primera aproximación podemos agrupar la evolución histórica de la Unión Europea en diez grandes hitos:

1.- 1951: Los seis miembros fundadores establecen la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El 9 de mayo de 1950, la Declaración de Schuman propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que se hizo realidad con el Tratado de París de 18 de abril de 1951. Esto marcaba la apertura de un mercado común del carbón y el acero entre los seis países fundadores (Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos).

2.- 1957: Se establece un mercado común mediante el Tratado de Roma.

Los Seis decidieron entonces, con el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, construir una Comunidad Económica Europea (CEE) basada en un mercado común más amplio que abarcara toda una gama de bienes y servicios. El 1 de julio de 1968 se suprimieron completamente los derechos de aduana entre los seis países y a lo largo de la década de los sesenta se

implantaron las políticas comunes, especialmente la política agrícola y la política comercial.

3.- 1973: La Comunidad se amplía a nueve Estados miembros y desarrolla sus propias políticas comunes.

El éxito de los Seis impulsó a Dinamarca, a Irlanda y al Reino Unido a unirse a la Comunidad. Esta primera ampliación, de seis a nueve miembros, se produjo en 1973, coincidiendo con la puesta en marcha de nuevas políticas sociales y medioambientales y la creación del [Fondo Europeo de Desarrollo Regional](#) (FEDER) en 1975.

4.- 1979: Primeras elecciones directas al Parlamento Europeo.

En junio de 1979 se produjo un avance decisivo para la Comunidad Europea con las primeras elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo.

5.- 1981: Primera ampliación mediterránea.

Las adhesiones de Grecia en 1981, y de España y Portugal en 1986, reforzaron la presencia de la Comunidad en el flanco sur de Europa, haciendo al mismo tiempo más necesaria la ampliación de sus programas de ayuda regional.

6.- 1993: Finalización del mercado único.

La recesión económica mundial sufrida a comienzos de los años ochenta trajo consigo una oleada de "europesimismo". No obstante, la esperanza de relanzamiento de la dinámica europea surgió de nuevo en 1985 cuando la Comisión Europea, presidida por Jacques Delors, decide publicar un Libro Blanco que establecía el calendario para la construcción del mercado único

européo, cuya finalización debía producirse antes del 1 de enero de 1993. Este ambicioso objetivo quedó consagrado en el Acta Única Europea, que se firmó en febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987.

7.- 1993: El Tratado de Maastricht establece la Unión Europea.

La estructura política de Europa sufrió una profunda transformación con la caída del muro de Berlín en 1989; ésta dio lugar a la unificación de Alemania en octubre de 1990 y a la llegada de la democracia a los países de Europa Central y Oriental, que se liberaban así del control soviético. La propia Unión Soviética dejó de existir en diciembre de 1991. Mientras tanto, los Estados miembros negociaban el nuevo Tratado de la Unión Europea, que fue adoptado por el Consejo Europeo, compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno, reunido en Maastricht en diciembre de 1991. El Tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Al añadir a las estructuras comunitarias integradas un sistema de cooperación intergubernamental en algunos ámbitos, el Tratado creaba la Unión Europea.

8.- 1995 : La UE se amplía a quince miembros.

Este nuevo dinamismo europeo y la evolución de la situación geopolítica del continente llevaron a tres nuevos países - Austria, Finlandia y Suecia - a adherirse a la Unión el 1 de enero de 1995.

9.- 2002: Introducción de los billetes y las monedas de euro.

Por aquel entonces, la UE estaba camino de alcanzar su logro más espectacular hasta la fecha: la creación de una moneda única. En 1999 se introdujo el euro para las transacciones financieras (no monetarias), mientras que tres años más tarde se emitían billetes y monedas en los

doce países del espacio del euro (también denominado comúnmente como “zona euro”).

En marzo de 2000, la UE adoptó la "Estrategia de Lisboa" con vistas a modernizar la economía europea para que pudiese competir con los principales actores del mercado mundial, como los Estados Unidos y los países recientemente industrializados. La Estrategia de Lisboa fomenta la inversión en innovación y empresa, así como la adaptación de los sistemas educativos europeos para que puedan responder a las necesidades de la sociedad de la información.

10.- 2004: Diez nuevos países se adhieren a la Unión.

Recién constituida la Europa de los quince, se iniciaron los preparativos para una nueva ampliación sin precedentes . A mediados de los años noventa, comenzaron a llamar a la puerta de la UE los antiguos miembros del bloque soviético (Bulgaria, la República Checa, Hungría, Polonia, Rumania y Eslovaquia), los tres Estados Bálticos que una vez formaran parte de la Unión Soviética (Estonia, Letonia y Lituania), una de las repúblicas de la antigua Yugoslavia (Eslovenia) y dos países mediterráneos (Chipre y Malta). Las negociaciones de adhesión se iniciaron en diciembre de 1997. La ampliación de la UE a veinticinco países tuvo lugar el 1 de mayo de 2004, con la adhesión de diez de los doce candidatos. La adhesión de Bulgaria y Rumanía se produjo el 1 de enero de 2007.

De una forma más detallada podemos indicar los siguientes hechos relevantes:

- 19.9.1946: Llamamiento de Winston Churchill a favor de una "especie de Estados Unidos de Europa" en un discurso pronunciado en la Universidad de Zurich.

- 17.12.1946: Se crea en París la Unión de Federalistas Europeos.
- 1.6.1947: René Courtin crea el Consejo francés para una Europa Unida, que será absorbido posteriormente por el Movimiento Europeo (1953). Promovidos por los demócratas cristianos, se crean los *Nouvelles Equipes Internationales*, que más tarde se convertirán en la *Union européenne des démocrates-chrétiens* (Unión Europea Demócrata Cristiana) (1965).
- 3.6.1947: Se funda el Movimiento por los Estados Unidos Socialistas de Europa, que en 1961 pasará a llamarse Izquierda Europea.
- 5.6.1947: Se anuncia el plan Marshall, creado para la reconstrucción económica de Europa.
- 27-31.8.1947: Se celebra en Montreux, Suiza, el Congreso de la Unión de Federalistas Europeos.
- 13-14.12.1947: Las organizaciones de federalistas y unionistas se reúnen en el Comité de coordinación internacional de movimientos para la unificación europea.
- 17.3.1948: Bélgica, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y el Reino Unido firman el Tratado de la Unión Occidental (Tratado de Bruselas ).
- 16.4.1948: Se crea la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) con el fin de coordinar el plan Marshall.
- 7-11.5.1948: Promovido por el Comité de coordinación internacional de movimientos para la unificación europea, se celebra en La Haya, Países Bajos, el Congreso Europeo, presidido por Winston Churchill y al que asisten 800 delegados. Los participantes recomiendan la creación de una asamblea deliberativa europea y un Consejo especial europeo que se encarguen de preparar la integración política y económica de los países europeos. También aconsejan la aprobación de una Carta de los derechos humanos y la creación de un Tribunal de Justicia para garantizar el respeto a dicha Carta.

- 28.1.1949: Francia, Gran Bretaña y los países del Benelux deciden crear un Consejo de Europa y piden a Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suiza que participen en la preparación de su estatuto.
- 4.4.1949: Firma en Washington del Tratado del Atlántico Norte.
- 5.5.1949: El estatuto del Consejo de Europa se firma en Londres, Reino Unido.
- 10.8.1949: Se celebra en Estrasburgo la primera sesión de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa. Los miembros federalistas del Parlamento piden la creación de una autoridad política europea.
- 9.5.1950: En un discurso inspirado por Jean Monnet, el Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, propuso integrar las industrias del carbón y el acero de Europa Occidental.
- 3.6.1950: Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia, los Países Bajos y Alemania suscriben la Declaración Schuman.
- 26-28.8.1950: La Asamblea del Consejo de Europa aprueba el Plan Schuman.
- 19.9.1950: Se crea la Unión Europea de Pagos.
- 4.11.1950: Firma de los Convenios de derechos humanos y derechos fundamentales en Roma.
- 15.2.1951: Se celebra en París una reunión para crear una Comunidad Europea de Defensa. Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Alemania asisten a la reunión junto a seis países observadores (EE.UU., Canadá, Dinamarca, Noruega, el Reino Unido y los Países Bajos).
- 18.4.1951: Los seis (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Países Bajos) firman el Tratado de París por el que se crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).
- 10.12.1951: Paul-Henri Spaak abandona la Presidencia de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en protesta por la tibia actitud del Reino Unido hacia Europa.

- 27.5.1952: Los seis (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) firman en París el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa (CED).
- 23.7.1952: Entra en vigor el Tratado CECA. Se nombra a Jean Monnet Presidente de la Alta Autoridad y a Paul-Henri Spaak de la Asamblea Común.
- 10.11.1952: El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) decide conceder a los seis una derogación del tratamiento de nación más favorecida, para permitir que cumplan las obligaciones derivadas del Tratado CECA.
- 1.1.1953: Entra en vigor la exacción CECA, primer impuesto europeo.
- 10.2.1953: Se crea el mercado común del carbón y del mineral de hierro. Los seis suprimen los derechos de aduana y las restricciones cuantitativas sobre estas materias primas.
- 9.3.1953: Paul-Henri Spaak, Presidente de la asamblea *ad hoc* creada el 10 de septiembre de 1952, remite a G. Bidault, Presidente del Consejo de la CECA, un proyecto de tratado para constituir una Comunidad Europea de carácter político.
- 11.5.1954: Se elige a Alcide de Gasperi Presidente de la Asamblea Parlamentaria Europea.
- 20-23.8.1954: Los seis se reúnen en Bruselas. El político francés Pierre Mendès France no tiene éxito en su petición de atenuar al carácter supranacional de la Comunidad Europea de Defensa (CED).
- 30.8.1954: La Asamblea Nacional francesa rechaza el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa.
- 23.10.1954: Tras la conferencia de Londres, se firman en París los acuerdos sobre un Tratado de Bruselas modificado y nace la Unión Europea Occidental (UEO).
- 10.11.1954: Jean Monnet, Presidente de la Alta Autoridad de la CECA dimite tras el fracaso de la CED.



- 21.12.1954: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta su primera sentencia.
- 1.6.1955: René Mayer es elegido Presidente de la Alta Autoridad de la CECA. A la vez, los Ministros de Asuntos Exteriores de los Seis, reunidos en Messina (Italia), coinciden en desear la integración económica de sus países.
- 8.12.1955: El Consejo de Ministros del Consejo de Europa adopta como emblema la bandera azul con 12 estrellas de oro.
- 6.5.1956: Paul-Henri Spaak, Ministro de Asuntos Exteriores belga, presenta a sus colegas de la CECA un informe sobre los proyectos de tratados comunitarios que prevén la creación de la CEE y del Euratom.
- 29.5.1956: Se aprueba el informe Spaak. En su reunión de Venecia los Ministros de Asuntos Exteriores deciden abrir negociaciones intergubernamentales para celebrar dos tratados por los que se crearán una Comunidad Económica Europea y una Comunidad Europea de la Energía Atómica.
- 26.6.1956: Se abren en Bruselas las negociaciones para la redacción de los textos fundadores de la CEE y del Euratom.
- 25.3.1957: Los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) son firmados por los Seis (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos) en Roma y a partir de entonces serán conocidos como "los Tratados de Roma".
- 1.1.1958: Los Tratados de Roma entran en vigor. Las Comunidades de la CEE y del Euratom empiezan a trabajar en Bruselas. La Asamblea Parlamentaria, establecida en Luxemburgo, y el Tribunal de Justicia son comunes a las tres Comunidades.
- 7.1.1958: Walter Hallstein es elegido Presidente de la Comisión de la CEE, Louis Armand, Presidente de la Comisión del Euratom, y Paul Finet, Presidente de la Alta Autoridad de la CECA.

- 26.1.1958: Los Seis deciden crear el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) para preparar el trabajo de los Consejos.
- 19.3.1958: La sesión por la que se crea la Asamblea Parlamentaria Europea se celebra en Estrasburgo, Francia. Robert Schuman es elegido Presidente de la misma. Esta Asamblea sustituirá a la de la CECA.
- 15.4.1958: El primer Reglamento del Consejo instituye al alemán, francés, italiano y holandés como las lenguas oficiales de las Comunidades.
- 20.4.1958: Se publica el primer Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que sustituye al Diario Oficial de la CECA.
- 13.5.1958: Los diputados de la Asamblea Parlamentaria se sientan por primera vez según sus grupos políticos y no según su nacionalidad.
- 3-11.7.1958: Una conferencia celebrada en Stresa (Italia) fija las bases de una Política Agrícola Común (PAC).
- 7.10.1958: Es creado y establecido en Luxemburgo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que reemplaza al de la CECA.
- 29.12.1958: El Acuerdo Monetario Europeo entra en vigor.
- 1.1.1959: Se toman las primeras medidas para abolir progresivamente los derechos de aduana y las cuotas en la CEE.
- 20-21.7.1959: Siete países de la Organización Europea de Cooperación Económica (OCEE), a saber, Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, el Reino Unido, Suecia y Suiza, deciden establecer a una Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 13.10.1959: Pierre Wigny, Ministro de Asuntos Exteriores belga, lanza la idea de reunir en una sola institución a la Alta Autoridad de la CECA y a las dos Comisiones (CEE y Euratom) establecidas por el Tratado de Roma.

- 4.1.1960: Firma en Estocolmo del Convenio Europeo de la Asociación de Libre Comercio (AELC), compuesta por Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y Reino Unido.
- 3.5.1960: Entra en vigor el Convenio de Estocolmo por el que se crea la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 11.5.1960: Adopción por el Consejo del reglamento relativo al Fondo Social Europeo, cuyo objetivo es fomentar el empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores en la Comunidad.
- 14.12.1960: La Organización para la Cooperación Económica Europea (OCEE) se convierte en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).
- 18.7.1961: Celebración en Bonn de una cumbre europea, en la que los Seis expresan su deseo de crear una unión política.
- 1.9.1961: Entra en vigor el primer reglamento sobre la libre circulación de los trabajadores.
- 14.1.1962: Adopción por el Consejo de los primeros reglamentos sobre la Política Agrícola Común (PAC), instaurada con el fin de crear un mercado único de productos agrícolas y fomentar la solidaridad financiera a través del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA).
- 13.10.1962: Adopción por el Consejo de la primera directiva de carácter general en materia de alimentación, por la que se especifican los colorantes que pueden añadirse a los productos alimenticios en la CEE.
- 5.2.1963: Sentencia *Van Gend en Loos*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirma que la Comunidad implica un nuevo ordenamiento jurídico, en cuyo beneficio los Estados miembros han consentido restringir sus Derechos soberanos.
- 4.9.1963: Fallece Robert Schuman.
- 23-24.9.1963: Acuerdo de principio del Consejo sobre la cuestión de la fusión de los ejecutivos.

- 1.7.1964: Creación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA).
- 15.7.1964: Sentencia *Costa / ENEL*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostiene que el Derecho comunitario prima sobre el Derecho nacional.
- 18.9.1964: Acuerdo del Consejo sobre la composición de la Comisión única, que contará por fin con nueve miembros.
- 8.4.1965: Firma en Bruselas del Tratado de fusión de los ejecutivos de las tres comunidades (CECA, CEE, Euratom), que entra en vigor el 1 de julio de 1967.
- 1.7.1965: Francia rompe las negociaciones sobre la financiación de la Política Agrícola Común (PAC). El Gobierno francés retira a su representante permanente y durante un tiempo la delegación francesa deja de participar en las reuniones del Consejo y del Comité de Representantes Permanentes.
- 1.1.1966: Tercera y última fase de la transición al Mercado Común, con la sustitución del voto por unanimidad por el sistema mayoritario en casi todas las decisiones del Consejo.
- 28-29.1.1966: Compromiso de Luxemburgo. Francia, tras practicar durante siete meses la política de la silla vacía, vuelve a ocupar su puesto en el Consejo a cambio del mantenimiento del voto por unanimidad en asuntos en que estén en juego intereses vitales.
- 9.2.1967: Decisión del Consejo de Ministros de la CEE de armonizar los impuestos indirectos en la Comunidad, adopción del principio del sistema impositivo sobre el valor añadido y aprobación del primer programa de política económica a medio plazo, por el que se definen y fijan los objetivos de la política económica de la Comunidad para los años siguientes.
- 1.7.1967: Entra en vigor el Tratado de fusión de los ejecutivos de las Comunidades Europeas (CECA, CEE, Euratom). A partir de ese momento las Comunidades Europeas cuentan con una única

Comisión y un único Consejo, si bien ambos siguen actuando con arreglo a las normas por las que se rige cada una de las Comunidades.

- 1.7.1968: Entra en vigor la unión aduanera. Abolición, 18 meses antes de lo previsto por el Tratado de Roma, de los derechos de aduana del comercio intracomunitario e instauración del Arancel Aduanero Común, en sustitución de los derechos de aduana nacionales aplicables al comercio con el resto del mundo.
- 12.11.1969: Sentencia *Stauder*. Primeras observaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la protección del individuo, en las que sostiene que los principios generales del Derecho comunitario incluyen los derechos fundamentales del individuo.
- 4-6.3.1970: Presentación por la Comisión al Consejo de un memorándum sobre la preparación del plan de creación de la Unión Económica y Monetaria. El Consejo encarga a un comité de expertos presidido por Pierre Werner que elabore propuestas para crear una Unión Económica y Monetaria y confía a otro, presidido por Étienne Davignon, que elabore propuestas sobre cooperación política.
- 22.4.1970: Firma del Tratado de Luxemburgo. Decisión del Consejo de ir introduciendo paulatinamente un sistema de recursos propios en virtud del cual la Comunidad recibirá todos los derechos de aduana de los productos importados de países no miembros, todas las exacciones por importación de productos agrarios y parte de los recursos procedentes del impuesto sobre el valor añadido. Decisión de ampliar los poderes presupuestarios del Parlamento Europeo.
- 17.12.1970: Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica la idea de los Derechos fundamentales en el Derecho comunitario y declara que, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes de los

Estados miembros, la protección de dichos Derechos debe estar garantizada en el marco de las estructuras y objetivos comunitarios.

- 22.3.1971: Adopción por el Consejo del Plan Werner de mejora de la coordinación de las políticas económicas, en virtud del cual los Estados miembros tienen que tomar medidas para armonizar sus políticas presupuestarias y reducir el margen de fluctuación de sus monedas.
- 22.1.1972: Firma por Dinamarca, Irlanda, Noruega y el Reino Unido de los Tratados de Adhesión a las Comunidades Europeas.
- 24.4.1972: Creación de la serpiente monetaria: acuerdo de los Seis para limitar al 2,25% el margen de fluctuación de sus monedas.
- 10.5.1972: Irlanda se pronuncia en referéndum a favor de la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 25.9.1972: Noruega se pronuncia en referéndum en contra de la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 2.10.1972: Dinamarca se pronuncia en referéndum a favor de la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 16.10.1972: Ratificación por el Reino Unido de los actos relativos a la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 1.1.1973: Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido ingresan en las Comunidades Europeas. Entra en vigor el Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre la Comunidad y Austria, Suiza, Portugal y Suecia.
- 8.2.1973: Creación de la Confederación Europea de Sindicatos.
- 21.2.1973: Sentencia *Continental Can*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que incurre en abuso de poder, en el sentido de lo dispuesto en el Tratado CEE, toda empresa que ocupe una posición dominante e intente lograr mediante concentraciones un grado de poder tal que implique de hecho la supresión de la libre competencia.
- 21.6.1974: Sentencia *Reyners*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que los Estados miembros deben

abstenerse de aplicar toda ley, reglamento, disposición o práctica administrativa que, en comparación con las aplicadas a sus propios ciudadanos, resulte discriminatoria para todo ciudadano de otro Estado miembro que desee emprender una actividad empresarial en él.

- 3.12.1974: Sentencia *Binsbergen*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que todo ciudadano comunitario puede invocar ante los tribunales nacionales la legislación comunitaria en materia de libre prestación de servicios, en la medida en que el objeto de la disposición comunitaria sea suprimir las discriminaciones de que pueda ser víctima un prestador de servicios por razones de nacionalidad, o porque resida en un Estado miembro distinto de aquél en el que preste sus servicios.
- 9-10.12.1974: Celebración en París de una Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, en la que se decide celebrar tres reuniones anuales en calidad de Consejo Europeo, se da vía libre a la celebración de elecciones directas al Parlamento Europeo y se acuerda crear el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y la Unión Económica y Monetaria. Petición para que el Primer Ministro belga, Sr. Tindemans, elabore para finales de 1975 un informe sucinto sobre la Unión Europea.
- 28.2.1975: Firma en Lomé por la Comunidad y 46 países de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) del Convenio conocido como Lomé I, que sustituye a los de Yaoundé.
- 18.3.1975: Creación por el Consejo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y del Comité de Política Regional.
- 9.4.1975: 369 miembros de la Cámara de los Comunes británica votan a favor de la pertenencia del Reino Unido en la Comunidad frente a 170 en contra.
- 5.6.1975: El 67,2% de los votantes británicos se declara a favor de que el Reino Unido siga perteneciendo a la Comunidad.

- 22.7.1975: Firma de un Tratado, que entrará en vigor en junio de 1977, por el que se conceden al Parlamento Europeo poderes presupuestarios y se crea el Tribunal de Cuentas.
- 15.12.1975: Firma del Convenio comunitario sobre patentes europeas en el mercado común (patente comunitaria).
- 3.11.1976: Decisión del Consejo por la que a partir del 1 de enero de 1977 los Estados miembros pueden ampliar hasta las 200 millas los límites de sus zonas de pesca en el Mar del Norte y en el Atlántico Norte. Dicha decisión marca el principio de la Política Pesquera Común.
- 28.7.1976: Solicitud formal de adhesión de España a las Comunidades Europeas.
- 9.3.1978: Sentencia *Simmenthal*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consolida el principio de primacía del Derecho comunitario.
- 29.11.1978: Dictamen favorable de la Comisión sobre la solicitud de adhesión española. Fecha prevista para el inicio de las negociaciones el 5 de febrero de 1979.
- 4-5.12.1978: Celebración en Bruselas del Consejo Europeo. Creación del sistema monetario europeo basado en una unidad monetaria europea: el ecu.
- 6.2.1979: Adopción formal por el Consejo de las directrices sobre política regional comunitaria y de las modificaciones del Reglamento de 1975 por el que se establece el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
- 20.2.1979: Sentencia *Cassis de Dijon*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que los consumidores pueden tener acceso a productos alimenticios de otros Estados miembros, a condición de que éstos hayan sido fabricados y comercializados legalmente en un Estado miembro y no planteen problemas graves de salud o resulten perjudiciales para el medio ambiente.



- 13.3.1979: Entra en vigor el sistema monetario europeo.
- 16.3.1979: Muere Jean Monnet.
- 28.5.1979: Firma en Atenas del Acta de adhesión de Grecia a las Comunidades.
- 7-10.6.1979: Primeras elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo.
- 1.1.1981: Grecia se convierte en el décimo miembro de la Comunidad Europea.
- 23.2.1982: En un referéndum consultivo, Groenlandia, que se había convertido en miembro de la Comunidad Europea como parte de Dinamarca, opta por retirarse de la Comunidad.
- 25.7.1983: El Consejo adopta una resolución sobre los programas marco para las actividades comunitarias de investigación, desarrollo y demostración, así como el Primer programa marco para el periodo de 1984-87.
- 14.9.1983: El diputado europeo Altiero Spinelli presenta al Parlamento Europeo un Proyecto de Tratado para la Fundación de la Unión Europea.
- 14.12.1983: El Consejo logra un acuerdo global sobre la política pesquera común.
- 25-26.6.1984: Los Diez logran un acuerdo en el Consejo Europeo de Fontainebleau sobre el importe de la compensación que se concederá al Reino Unido para reducir su contribución al presupuesto comunitario.
- 7.1.1985: Entra en funciones la nueva Comisión presidida por el francés Jacques Delors.
- 13.2.1985: Sentencia del asunto *Gravier*. El Tribunal de Justicia aplica el principio de no-discriminación por nacionalidad a un estudiante francés, a quien no puede imponérsele el pago de una matrícula más elevada que a los estudiantes belgas para estudiar en Bélgica.

- 12.6.1985: Firma de los Tratados de Adhesión de España y Portugal.
- 14.6.1985: Se firma en Schengen, Luxemburgo, el Acuerdo sobre la eliminación de controles fronterizos entre Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos.
- 1.1.1986: Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas.
- 17 y 28.2.1986: Se firma en Luxemburgo y La Haya el Acta Única Europea, por la que se modifica el Tratado de Roma.
- 29.5.1986: La bandera europea, adoptada por las instituciones comunitarias, se iza por primera vez ante el edificio Berlaymont, a los sonos del himno de Europa.
- 13.5.1987: El Banco de España firma un acuerdo para entrar en el Sistema Monetario Europeo.
- 1.7.1987: Entra en vigor el Acta Única Europea.
- 24.10.1988: El Consejo Europeo adopta una decisión por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
- 2.2.1989: Sentencia del asunto *Cowan*. El Tribunal de Justicia dictamina sobre el principio de la no-discriminación basada en la nacionalidad. Concede a un turista británico que fue atacado en el metro de París las mismas prestaciones de indemnización que se hubieran concedido a un ciudadano francés.
- 19.6.1989: La peseta española entra en el mecanismo de tipos de cambio del Sistema Monetario Europeo (SME); se ajusta la composición del ecu tras la inclusión de la peseta española y del escudo portugués.
- 9.11.1989: Cae el Muro de Berlín.
- 1.7.1990: Entra en vigor la primera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM). Se concede un régimen excepcional a cuatro Estados miembros (España, Portugal, Grecia e Irlanda) habida cuenta de su insuficiente progreso hacia la integración financiera.

- 3.10.1990: Los Länder de la República Democrática Alemana se integran en la República Federal Alemana, y pasan a ser parte de la Comunidad.
- 14.4.1991: Se inaugura en Londres el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD).
- 19.11.1991: Sentencia *Francovich*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que todo Estado miembro que lesione a un particular infringiendo el Derecho comunitario debe pagarle una compensación.
- 9-10.12.1991: Celebración en Maastricht del Consejo Europeo. Acuerdo sobre el proyecto de Tratado de la Unión Europea.
- 7.2.1992: Firma en Maastricht del Tratado de la Unión Europea por los Ministros de Asuntos Exteriores y de Economía de los Estados miembros.
- 2.5.1992: Firma en Oporto del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- 2.6.1992: Referéndum en Dinamarca, contrario a la ratificación del Tratado de la Unión Europea.
- 18.6.1992: Celebración de un referéndum en Irlanda, para la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea.
- 20.9.1992: Celebración de un referéndum en Francia, a favor de la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea.
- 1.1.1993: Entra en vigor el mercado único europeo.
- 18.5.1993: Voto de Dinamarca a favor del Tratado sobre la Unión Europea en un segundo referéndum.
- 1.11.1993: Finalizan todos los procedimientos de ratificación y entra en vigor el Tratado de la Unión Europea.
- 1.1.1994: Segunda etapa de la Unión Económica y Monetaria y creación del Instituto Monetario Europeo (IME). Entra en vigor el Acuerdo por el que se establece el Espacio Económico Europeo (EEE).

- 9-10.3.1994: Celebración de la sesión inaugural del Comité de las Regiones, creado por el Tratado de la Unión Europea.
- 14.7.1994: Sentencia *Faccini-Dori*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que todo Estado miembro que lesione a un particular por omitir transponer a la legislación nacional una directiva comunitaria debe abonar a dicho particular una compensación, siempre que se satisfagan determinadas condiciones.
- 1.1.1995: Austria, Finlandia y Suecia se convierten en miembros de la Unión Europea, previa aprobación de sus respectivos referenda. Noruega rechaza la adhesión mediante otro referéndum.
- 5.3.1996: Sentencias de los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*. El Tribunal de Justicia especifica en qué circunstancias un Estado miembro que viole el Derecho comunitario puede considerarse responsable de los daños causados a un ciudadano.
- 8.10.1996: Sentencia del asunto *Dillenkofer*. El Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro que, infringiendo el Derecho comunitario, no incorpore a su legislación nacional una Directiva dentro del plazo fijado, podrá ser condenado a indemnizar los daños ocasionados a un particular.
- 17.4.1997: El Tribunal de Justicia amplía el principio de la igualdad de trato de hombres y mujeres para la concesión de pensiones de viudedad en el ámbito de los regímenes de seguros vinculados a la actividad laboral.
- 2.10.1997: Los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea firman el Tratado de Amsterdam.
- 28.4.1998: Sentencia de los asuntos *Kohll* contra Union des Caisses de Maladie y *Decker* contra Caisse de Maladie des Employés Privés. El Tribunal de Justicia decreta que los ciudadanos comunitarios podrán recibir tratamiento médico en otro Estado miembro y ser reembolsados de acuerdo con las tarifas del Estado en el que estén asegurados.

- 1.6.1998: Se crea el Banco Central Europeo.
- 30.6.1998: Sentencia del asunto *Mary Brown*. El Tribunal de Justicia declara que el despido de una mujer durante el embarazo es contrario al Derecho comunitario.
- 31.12.1998: El Consejo adopta los tipos de conversión fijos e irrevocables entre las monedas nacionales de los once Estados miembros participantes y el euro.
- 1.1.1999: Implantación oficial del euro. Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Portugal adoptan el euro como moneda oficial.
- 15.3.1999: Dimisión colegiada de los miembros de la Comisión a raíz del primer informe del Comité Independiente de Expertos sobre las denuncias de fraude, irregularidades y nepotismo en la Comisión Europea .
- 1.5.1999: Entra en vigor el Tratado de Ámsterdam.
- 11.1.2000: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que la legislación alemana por la que se excluye a las mujeres de las fuerzas armadas, a excepción de los servicios sanitarios y de las bandas militares de música, es contraria al Derecho comunitario sobre igualdad de sexos.
- 28.9.2000: Dinamarca celebra un referéndum sobre el euro. La mayoría rechaza integrarse en la moneda única europea.
- 7.12.2000: Al margen del Consejo Europeo de Niza, los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión proclaman solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 2.1.2001: Grecia se convierte en el miembro número 12 de la zona euro.
- 26.2.2001: Tras el Consejo Europeo de diciembre de 2000, celebrado en Niza, Francia, se firma un nuevo Tratado (Tratado de Niza), que

modifica el Tratado sobre la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

- 7.6.2001: En el referéndum celebrado en Irlanda, el electorado vota en contra del Tratado de Niza.
- 1.1.2002: Los billetes y monedas euro entran en circulación en los doce países miembros de la zona euro: Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y España.
- 28.2.2002: El euro se convierte en la única moneda oficial de los doce Estados Miembros participantes, una vez que el período de doble circulación ha finalizado. La sesión inaugural de la Convención para el Futuro de Europa se celebra en Bruselas.
- 23.7.2002: El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) expira tras cincuenta años en vigor.
- 19.10.2002: El pueblo irlandés vota a favor del Tratado de Niza en un segundo referéndum.
- 1.2.2003: Entra en vigor el Tratado de Niza.
- 14.9.2003: Se celebra en Suecia un referéndum en el que la mayoría rechaza la adopción de la moneda única europea.
- 4.10.2003: Se celebra en Roma la Conferencia Intergubernamental (CIG) que tiene como objetivo principal la redacción y adopción de la versión final de la primera Constitución de la UE.
- 1.5.2004: El Tratado de Adhesión entra en vigor y se hace realidad la mayor ampliación que haya experimentado nunca la Unión Europea, tanto en dimensiones como en diversidad, con diez nuevos países: Chipre, la República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, la República Eslovaca y Eslovenia.
- 20.2.2005: España es el primer Estado miembro que celebra un referéndum sobre la Constitución Europea.
- 29.5.2005: Los electores franceses votan “no” a la ratificación del Tratado Constitucional.

- 16.2.2006: El Parlamento Europeo adopta en primera lectura, por una gran mayoría, el informe sobre para la apertura del mercado único de servicios en la UE. La Directiva de servicios, también conocida como “Directiva Bolkestein”, es uno de los proyectos legislativos más importantes de la Unión Europea.
- 1.1.2007: La adhesión de Rumanía y Bulgaria completa la quinta ampliación de la UE, iniciada en mayo de 2004. La Unión pasa a tener 27 Estados miembros y 492,8 millones de habitantes. Con la incorporación del búlgaro, el irlandés y el rumano, la UE pasa a tener 23 lenguas oficiales. Eslovenia adopta el euro.
- 23.7.2007: Los representantes de los Estados miembros se reúnen en Bruselas para la apertura oficial de la Conferencia Intergubernamental (CIG) sobre el proyecto del Tratado de Reforma para la modificación de los Tratados de la Unión Europea.
- 18-19.10.2007: Cumbre fundamental en Lisboa sobre el Tratado de Reforma. Se acuerda la redacción exacta del nuevo “Tratado de Lisboa”, que los líderes europeos firmarán oficialmente en la capital portuguesa, el 13 de diciembre de 2007.
- 12.12.2007: Hans-Gert Pöttering (Presidente del Parlamento Europeo ), José Manuel Barroso (Presidente de la Comisión) y José Sócrates (Primer Ministro portugués y Presidente de turno del Consejo de la UE ) firman la Carta de los Derechos Fundamentales, en una ceremonia oficial celebrada en la sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo.
- 13.12.2007: Firma del Tratado de Lisboa en el Monasterio de los Jerónimos de la capital portuguesa.
- 1.1.2008: Con la adopción del euro en Chipre y Malta, la eurozona se amplía a 15 países y una población de 320 millones de habitantes.
- 12.6.2008: En el referéndum irlandés, el 53,4% de los votantes manifiestan su oposición al Tratado de Lisboa, cuyo objetivo es mejorar las instituciones y los métodos de trabajo de la UE.
- 1.1.2009: El euro, nueva moneda oficial de Eslovaquia.

- 3.10.2009: Irlanda vota "sí" al Tratado de Lisboa en el segundo referéndum.
- 1.12.2009: Entra en vigor el Tratado de Lisboa.
- 1.1.2010: España asume la Presidencia rotatoria del Consejo de la Unión Europea por cuarta vez. Es el primer país en ejercerla bajo el Tratado de Lisboa y el nuevo sistema de "trío de presidencias", junto a Bélgica y Hungría.
- 26.3.2010: En el Consejo Europeo celebrado en Bruselas, los líderes de la UE aprueban los objetivos del programa *Europa 2020*. Además, los 16 países miembros de la eurozona dan su respaldo a un plan para ayudar a Grecia a superar su déficit.
- 21.6.2010: Las instituciones de la UE llegan a un acuerdo político sobre la estructura y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior.
- 1.1.2011: Estonia adopta el euro y pasa a ser el decimoséptimo país de la eurozona. Entran en funciones tres nuevas autoridades de supervisión financiera: la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y la Autoridad Europea de Valores y Mercados.
- 25.3.2011: En el Consejo Europeo de Primavera, celebrado en Bruselas, se elabora un paquete completo de medidas para fortalecer la economía europea. Para consolidar la coordinación de la política económica en la Unión Económica y Monetaria se crea el *Pacto por el Euro Plus*.
- 24.6.2011: El Consejo Europeo acuerda que las negociaciones de adhesión con Croacia deberían concluirse a finales de junio de 2011, con el fin de que este país pueda convertirse en el vigésimo octavo miembro de la UE en 2013.
- 30.6.2011: La Comisión Europea propone un nuevo marco financiero plurianual de la UE (2014-2020) para estimular el crecimiento. La Comisión insta a crear la categoría de "regiones intermedias o en



transición" (PIB del 75-90% de la media de la UE), que conservarían 2/3 de sus anteriores asignaciones en el marco financiero plurianual 2007-2013.

## **2.4. LOS TRATADOS ORIGINARIOS Y DE MODIFICACION.**

Los tratados, que constituyen la columna vertebral de la Unión Europea desde sus orígenes, son los siguientes:

\* El [Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero](#) (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002.

\* El Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), se firmó en esa ciudad el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958. Su firma coincidió con la del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), por lo que ambos son conocidos conjuntamente como los "Tratados de Roma".

\* El [Tratado de fusión](#), firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, entró en vigor el 1 de julio de 1967. Estableció una sola Comisión y un solo Consejo para las tres Comunidades Europeas entonces existentes.

\* El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya, entró en vigor el 1 de julio de 1987. Introdujo las adaptaciones necesarias para completar el mercado interior.

\* El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de Maastricht cambió el nombre de "Comunidad Económica Europea" por el más simple de "Comunidad Europea". También introdujo nuevas formas de cooperación

entre los gobiernos de los Estados miembros (por ejemplo, en defensa y justicia e interior). Al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema "comunitario" existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres "pilares", de naturaleza tanto económica como política: es la denominada "Unión Europea" (UE).

\* El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Modificó el texto y la numeración de los Tratados UE y CE, estableciendo la versión consolidada de ambos. Los artículos del Tratado de la Unión Europea pasaron a designarse mediante números en lugar de letras (A a S).

\* El Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero del 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003. Sobre todo, reformó las instituciones para que la Unión pudiera funcionar eficazmente tras su ampliación a 25 Estados miembros en 2004, y a 27 Estados miembros en 2007. El Tratado de Niza, el antiguo Tratado de la UE y el Tratado CE han sido fusionados en una versión consolidada.

\* El Tratado de Lisboa se firmó el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1.12.2009. Sus principales objetivos son aumentar la democracia en la UE -como respuesta a las elevadas expectativas de los ciudadanos europeos en materia de responsabilidad, apertura, transparencia y participación-, e incrementar la eficacia de la actuación de la UE y su capacidad para enfrentarse a los actuales desafíos globales, como el cambio climático, la seguridad y el desarrollo sostenible.

El acuerdo sobre el Tratado de Lisboa siguió a las discusiones mantenidas para la elaboración de una Constitución. El "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" fue adoptado por los Jefes de Estado y Gobierno en el Consejo Europeo de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, y firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, pero nunca llegó a ratificarse por todos los Estados de la Unión.

Autor: *José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Derecho

#### Bibliografía:

- FONTAINE, PASCAL: Doce lecciones sobre Europa  
Comisión Europea.  
Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007  
ISBN 92-79-02865-0
- <http://bookshop.europa.eu/>

# **3. FUENTES DEL DERECHO EUROPEO: ACTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN, PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN Y OTRAS DISPOSICIONES SEGÚN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN ESPAÑA.**

## **(A.2) V. Derecho de la Unión Europea.**

**Tema 3. Fuentes del derecho europeo: actos jurídicos de la Unión, procedimientos de adopción y otras disposiciones según el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La integración del derecho europeo en España.**

### **3.1. FUENTES DEL DERECHO EUROPEO: ACTOS JURIDICOS DE LA UNION, PROCEDIMIENTOS DE ADOPCION Y OTRAS DISPOSICIONES SEGUN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA.**

Con independencia de si hay que hablar de fuentes materiales o formales del Derecho de la Unión Europea, resulta imprescindible tratar el concepto y alcance de este Derecho, en especial por razón de su naturaleza.

Conviene matizar de entrada que el Derecho comunitario o de la Unión es un *tertium genus* entre el Derecho propio de un Estado y el Derecho Internacional. Y lo es en gran medida porque la Unión Europea es una entidad supranacional que se constituye y funciona como una Comunidad de Derecho, fundamentalmente gracias a los avances impulsados por la doctrina de su Tribunal de Justicia, comenzando por el principio de primacía del Derecho comunitario. Este principio establece que las autoridades de un Estado miembro no deberán aplicar una norma nacional contraria al Derecho comunitario. Instaurado por el Tribunal de Justicia en los años sesenta, dicho principio exige de las autoridades que den preferencia al Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, sea cual fuere la naturaleza de la norma comunitaria en cuestión y sea cual fuere la del Derecho nacional contemplado.

El principio de primacía es un principio no inscrito en los Tratados CE y UE. Lo instauró el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de julio de 1964,

*Flaminio Costa contra E.N.E.L.* En esta Sentencia, el Tribunal indicó que «a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE instituyó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales». Invocando los términos y el espíritu del Tratado, el Tribunal de Justicia considera que el efecto de primacía limita el margen de maniobra de los Estados, impidiéndoles hacer prevalecer un Derecho opuesto al de las instituciones europeas.

Los Estados miembros tampoco pueden alegar el principio de reciprocidad, en virtud del cual uno de ellos puede eximirse de sus obligaciones comunitarias hasta que todos los demás se hayan sometido a dichas obligaciones. Es decir, un Estado miembro debe acatar siempre y sin condición el Derecho comunitario si éste es jurídicamente vinculante.

El Tribunal de Justicia precisó que el principio de primacía beneficia a todas las normas de Derecho europeo, tanto si proceden del Derecho primario como del Derecho derivado. Además, es aplicable contra cualquier norma nacional: ley, reglamento, decreto, resolución, circular, etc. Es irrelevante que estos textos procedan del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro. El poder judicial está igualmente sujeto al principio de primacía.

Por lo que a las constituciones nacionales se refiere, el Tribunal de Justicia consideró que también éstas están sujetas al principio de primacía. Desde la resolución *San Michele*, de 22 de junio de 1965, el Tribunal de Justicia ha estimado que corresponde al juez nacional no aplicar las disposiciones de una constitución que cuestione el Derecho comunitario. La aplicación del principio de primacía con relación a la constitución nacional provocó las reticencias de algunos órganos jurisdiccionales nacionales, en particular si la propia constitución garantizaba la protección de los derechos fundamentales. A pesar de estas reticencias, en una Sentencia de 17 de

diciembre de 1970, el Tribunal de Justicia consideró que invocar atentados contra estos derechos no podía afectar a la validez de un acto comunitario. Con el fin de evitar que los órganos jurisdiccionales nacionales se encontrasen en una situación incómoda en relación con su constitución nacional y, por tanto, denegasen la protección de los derechos en cuestión, el Tribunal de Justicia, además de la obligación de respetar la primacía, instauró un conjunto de principios generales del Derecho que engloban los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario.

Corresponde también al juez nacional hacer respetar el principio de primacía. Éste puede, si es preciso, hacer uso del recurso o cuestión prejudicial, en caso de duda en cuanto a la aplicación de dicho principio. En una Sentencia de 19 de junio de 1990 (*Factortame*), el Tribunal de Justicia indicó que una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el Tribunal de Justicia. El efecto es la no aplicación del Derecho nacional. Por consiguiente, éste último ni se cancela ni se deroga, sino que se suspende su carácter jurídicamente vinculante. Las autoridades nacionales deben abstenerse de aplicar el texto en cuestión, so pena de que el Tribunal de Justicia condene al Estado miembro por incumplimiento.

Junto a este gran principio ordinamental, el Tribunal de Justicia identificó el principio de efecto directo del Derecho comunitario.

El efecto directo constituye, con el principio de primacía, un principio básico del Derecho comunitario. Dicho principio, sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, crea derechos en favor de los particulares, que pueden alegarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios. En esta Sentencia, se enuncia que «el Derecho comunitario (...) al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está

destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico (... ) y genera derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger».

El principio facilita la introducción del Derecho comunitario en el Derecho nacional y refuerza su eficacia. Protege, además, los derechos de los particulares al permitir que puedan alegar una norma comunitaria, al margen de que existan o no textos de origen interno.

El efecto directo se distingue de la aplicabilidad inmediata. La aplicabilidad inmediata es un principio en virtud del cual el Derecho comunitario se aplica en el ámbito nacional sin necesidad de proceder a su introducción o a su transformación en Derecho nacional. Por lo tanto, el Derecho comunitario se integra por ministerio de la ley en el Derecho nacional. No obstante, en virtud del principio de primacía, en caso de conflicto entre la norma comunitaria y la norma interna, la primera prevalece. Se desprende que es «inaplicable de pleno derecho (...) toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria» (Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978).

En principio, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata van juntos. Así es en el caso de los reglamentos comunitarios. No obstante, algunas normas pueden tener efecto directo sin ser de aplicabilidad inmediata. Es el caso de las directivas que, en determinadas condiciones, surten efectos directos pero no son inmediatamente aplicables, puesto que requieren un texto de transposición.

El efecto directo reviste dos aspectos: un efecto vertical y un efecto horizontal. El efecto directo vertical intervendría en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significaría que los particulares podrían prevalerse de una norma comunitaria frente al Estado, *lato sensu*. El efecto directo horizontal, por su parte, intervendría en las relaciones entre



particulares, lo que conllevaría que un particular pudiese aducir una norma comunitaria frente a otro particular.

Según las normas del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia admite o el efecto directo completo, es decir, un efecto directo horizontal y un efecto directo vertical, o el efecto directo parcial, que se limita al efecto directo vertical.

Por cuanto al Derecho primario se refiere, en la Sentencia *Van Gend en Loos* el Tribunal de Justicia sentó el principio del efecto directo. No obstante, indicó como condición que las obligaciones deben ser precisas, claras, incondicionales y no requerir medidas complementarias, tanto de carácter nacional como comunitario.

En la Sentencia *Becker* (Sentencia de 19 de enero de 1982), el Tribunal de Justicia rechaza el efecto directo en cuanto los Estados posean un margen de maniobra relativa a la aplicación de la disposición contemplada (Sentencia de 12 de diciembre de 1990, *Kaefer y Proccaci*), por muy mínima que sea.

El Tribunal de Justicia precisó de este modo que, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE), surtían efecto directo los siguientes artículos -de la coetánea numeración-:

- el artículo 12, sobre la prohibición de discriminaciones por razón de la nacionalidad;
- el artículo 25, sobre la prohibición de derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente;
- los artículos 28 y 29, sobre la prohibición de las restricciones cuantitativas;
- el artículo 39, sobre la libre circulación de trabajadores;
- el artículo 43, sobre la libertad de establecimiento;

- el artículo 50, sobre la libre prestación de servicios;
- el artículo 81, sobre la prohibición de acuerdos entre empresas, y el artículo 82, sobre la prohibición del abuso de posición dominante;
- el artículo 88, sobre ayudas estatales;
- el artículo 90, sobre la prohibición de discriminaciones tributarias a los productos importados;
- el artículo 141, sobre la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo.

El Tribunal consideró que algunas disposiciones del Tratado surten efecto directo completo (los artículos 39, 43, 50 y 81), o efecto directo vertical (como los artículos 12 y 95).

El alcance del efecto directo del Derecho derivado es variable según el tipo de acto. Por cuanto se refiere a:

- \* los reglamentos comunitarios, el Tribunal de Justicia ha reconocido su efecto directo completo (Sentencia de 14 de diciembre de 1971, *Politi*);
- \* las decisiones individuales de las que el Estado es el único destinatario, el Tribunal de Justicia sólo ha aceptado el efecto directo vertical (Sentencia de 10 de noviembre de 1972, *Hansa Fleisch*);
- \* las directivas, el Tribunal de Justicia les ha reconocido efecto directo (Sentencia de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad*) porque «el efecto útil (...) se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales». No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que el efecto directo era de carácter exclusivamente vertical (Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall*). Además sólo rige a partir de la expiración del plazo de transposición (Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*). Por último, las directivas deben cumplir las condiciones impuestas en la sentencia *Van Gend en Loos* para

que se les reconozca el efecto directo (Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*);

\* el Derecho convencional y, en particular, el generado por los compromisos internacionales de las Comunidades, el Tribunal de Justicia aceptó aplicar los criterios sentados por la Sentencia *Van Gend en Loos* (según Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*). El Tribunal evocó esta jurisprudencia en una Sentencia de 15 de julio de 2004 (*Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'Étang de Berre*);

\* los instrumentos del tercer pilar y el Tratado de la Unión Europea (Tratado UE) son explícitos: las decisiones marco y las decisiones carecen de efectos directos.

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).

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.

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.>>

---

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

En otro orden de cosas, cabe subrayar que por su ausencia de regulación primaria, merecen un análisis singular los denominados “actos atípicos comunitarios”.

Desde una vertiente negativa, se entenderá por *actos atípicos* todas aquellas disposiciones y resoluciones jurídicamente relevantes que emanen de las Instituciones 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.

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.>>

## **3.2. 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.<sup>o</sup>, 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].

Autor: *José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Derecho

#### 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.





## **4. LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA: EL PARLAMENTO, EL CONSEJO EUROPEO, EL CONSEJO Y LA COMISIÓN. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS.**

## **(A.2) V. Derecho de la Unión Europea.**

### **Tema 4. Las instituciones de la Unión Europea: el Parlamento, el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión. El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.**

#### **4.1. LAS INSTITUCIONES DE LA UNION EUROPEA: EL PARLAMENTO, EL CONSEJO EUROPEO, EL CONSEJO Y LA COMISION.**

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.>>

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. (...)

#### 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.

(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 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.>>

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.>>

### **4.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS.**

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 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 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 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 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 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.>>

Respecto ya del Tribunal de Cuentas, nos dice el TFUE:

<<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.>>

Autor: *José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Derecho

#### 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.

**5. LAS COMPETENCIAS DE LA  
UNIÓN EUROPEA. EL MARCO DE  
ATRIBUCIONES CONCEDIDAS  
POR LOS TRATADOS. EL  
DESARROLLO DE LAS  
COMPETENCIAS DE LA UNIÓN.  
LAS RELACIONES ENTRE LAS  
COMPETENCIAS DE LA UNIÓN Y  
LAS COMPETENCIAS  
NACIONALES. PARTICIPACIÓN  
DE LOS ENTES TERRITORIALES  
NO ESTATALES EN EL PROCESO  
DECISORIO.**

## **(A.2) V. Derecho de la Unión Europea.**

**Tema 5. Las competencias de la Unión Europea. El marco de atribuciones concedidas por los tratados. El desarrollo de las competencias de la Unión. Las relaciones entre las competencias de la Unión y las competencias nacionales. Participación de los entes territoriales no estatales en el proceso decisorio.**

### **5.1. 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.

## **5.2. 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.>>

### **5.3. 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.>>

#### **5.4. LAS RELACIONES ENTRE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN 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.>>

### **5.5. 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.>>

*Autor: José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Derecho

#### 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.



# **VI.- DERECHO PRESUPUESTARIO Y DERECHO TRIBUTARIO**



# **1. LA LEY DE RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO DE GALICIA. PRINCIPIOS GENERALES. EL CONTENIDO DE LA HACIENDA DE LA COMUNIDAD.**

## **TEMA 1**

### **LA LEY DE RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO DE GALICIA. PRINCIPIOS GENERALES. EL CONTENIDO DE LA HACIENDA DE LA COMUNIDAD.**

La primera Ley Gallega de Gestión Económica y Financiera fue la Ley 3/1984, de 3 de abril, aprobada como consecuencia de la autonomía financiera que reconoce a la Comunidad Autónoma de Galicia, la Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomía Gallego. Ambas normas reconocen la autonomía financiera con la posibilidad de disponer de recursos propios y la capacidad para administrarlos y gestionarlos, incluyendo la confección de un presupuesto y su posterior ejecución.

El Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, para recoger todas las sucesivas modificaciones realizadas a la Ley 11/1992, tanto a través de las leyes de presupuestos, como de acompañamiento.

#### **Estructura y contenido del Texto Refundido.**

El vigente texto tiene la siguiente estructura:

- Un Título Preliminar.
- 6 Títulos.
- 126 artículos.
- 3 disposiciones adicionales.
- 1 disposición derogatoria.

En el Título Preliminar se desarrollan una serie de principios generales, así como las competencias de los distintos órganos y organismos de la Xunta de Galicia en materia económica y presupuestaria. También se regulan de manera superficial los Organismos Autónomos, las Sociedades Públicas



Autonómicas y los convenios con otras comunidades para la prestación de servicios de exclusiva competencia de las mismas.

El Título I se refiere al contenido de la Hacienda Pública y se divide en dos capítulos, uno dedicado a los recursos de la Comunidad Autónoma y otro a las obligaciones.

El Título II se refiere a las operaciones de endeudamiento, regula por tanto los capitales tomados a préstamo por la Xunta o sus organismos autónomos y las garantías y avales que la Comunidad Autónoma puede prestar.

El Título III regula los presupuesto generales en concreto su elaboración, contenido, forma de aprobación, estructura, competencias de las consellerías, prórroga, créditos y sus modificaciones; Es decir se regula la aprobación, desarrollo y liquidación de los presupuestos.

El Título IV se dedica al Tesoro, regulando su concepto, funciones situación de los fondos de los Organismos Autónomos e ingresos y medios de pago.

El Título V trata del Control Interno y de la Contabilidad. Regula en su capítulo primero la función interventora previa, con sus principios y normas de actuación y el control financiero que tiene la finalidad de procurar que la gestión económico financiera del sector público gallego se adecue a los principios de legalidad, economía, eficacia y eficiencia.

Por su parte el capítulo segundo se dedica a la Contabilidad.

Por último el Título VI regula las responsabilidades en que pueden incurrir las autoridades y funcionarios en la gestión de fondos públicos, tipificando las infracciones que pueden cometerse.

### **Los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma. Concepto.**

De acuerdo con el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia se definen los presupuestos como la expresión cifrada conjunta y sistemática:

- De las obligaciones que como máximo se podrán reconocer y de los derechos que se prevean liquidar por parte de la Comunidad y de sus Organismos Autónomos durante el ejercicio presupuestario.
- De los objetivos que se pretendan conseguir con la utilización de los recursos financieros consignados en ellos.
- De las estimaciones de los flujos financieros de las sociedades públicas.
- De la totalidad de los ingresos y gastos de los demás entes públicos.
- De los beneficios fiscales estimados.

### **Principios generales.**

Recoge la ley respecto de los presupuestos, varios principios de los denominados clásicos con sus correspondientes evoluciones sobre el concepto inicial.

### **Principio de equilibrio.**

El artículo 46.3 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario, establece que los presupuestos de la Comunidad Autónoma se presentarán y aprobarán de forma que los estados de gastos no superen los recursos totales previstos en los respectivos estados de ingresos.

### **Principio de anualidad.**

Con independencia de que los presupuestos de la Comunidad Autónoma deban enmarcarse en un escenario plurianual, que contenga las líneas básicas de actuación a medio plazo del sector público gallego, el ejercicio presupuestario tal y como establece el artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario coincidirá con el año natural y a él se imputarán:

- Los derechos liquidados a lo largo del año, cualquiera que sea el período al que correspondan.
- Las obligaciones reconocidas hasta el 31 de diciembre del correspondiente ejercicio, como consecuencia de adquisiciones, obras, suministros, prestación de servicios u otro tipo de gastos realizados con cargo a los créditos respectivos dentro del correspondiente año natural.

Este principio vuelve a enunciarse en el artículo 60 que establece:

- Una regla general en su apartado primero: “Con cargo a los créditos consignados en los estados de gastos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, prestaciones de servicios y demás gastos en general que fuesen realizados en el año natural del correspondiente ejercicio presupuestario”.
- Una excepción en su apartado segundo: “Sin embargo, se aplicarán a los créditos del presupuesto vigente en el momento de la expedición de las órdenes de pago las siguientes obligaciones:
  - a) Las que resulten del reconocimiento y de la liquidación de los atrasos a favor del personal que perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
  - b) Las derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores.
  - c) Las que tengan su origen en sentencias judiciales.

En aquellos casos en los que no exista crédito adecuado en el ejercicio corriente, por iniciativa de la consellería correspondiente o por la persona titular de la consellería competente en materia de Hacienda se podrán determinar los créditos a los que se deberán imputar los pagos de estas obligaciones.”

Otra importante excepción al principio de anualidad es la recogida en el artículo 58 del Texto Refundido que regula la posibilidad de asumir gastos plurianuales al establecer:

1. “Podrán asumirse compromisos de gasto de carácter plurianual, aunque su ejecución deba iniciarse en el ejercicio siguiente, cuando su contenido coincida con los que se especifican a continuación:
  - a) Inversiones y transferencias de capital.
  - b) Transferencias corrientes derivadas de normas con rango de ley, o que se concedan a través de convocatoria o de firma de convenios, después de la autorización del compromiso plurianual por parte del Consello de la Xunta.
  - c) Gastos en bienes y servicios cuando su contratación de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, no pueda ser estipulada o resulte antieconómica por un plazo que sólo comprenda un ejercicio presupuestario.
  - d) Arrendamientos de bienes inmuebles que vayan a ser utilizados por organismos o servicios de la Comunidad Autónoma.
  - e) Cargas financieras derivadas de operaciones de endeudamiento de la Comunidad o de sus organismos autónomos.
  - f) Activos financieros.
  - g) Convenios con universidades y otras instituciones o centros docentes cuando aquellas deban ejecutarse durante cursos académicos coincidentes con dos ejercicios presupuestarios.
2. La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará a los créditos que para ejercicio se consignen en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

3. El número de ejercicios a los que se pueden aplicar los gastos incluidos en las letras a),b),c),f) y g) del número 1 no podrá ser superior a cuatro.

El gasto que en estos casos se comprometa con cargo a ejercicios futuros no podrá exceder el resultado de aplicar al crédito inicial, a nivel de concepto los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente el 70%, en el segundo ejercicio el 60% y en los ejercicios tercero y cuarto el 50%. Tampoco podrá ser inferior al 10% del importe total del expediente de gasto, en ninguno de los años a los que se extienda su ejecución material excepto, si es el caso, en el último ejercicio.

El total de los importes comprometidos con cargo a ejercicios futuros en el conjunto de los conceptos que definen un nivel de vinculación no podrán superar los porcentajes arriba indicados, calculados sobre el crédito inicial de ese conjunto de conceptos.

En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de pago total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10% del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en el que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.

4. ....

5. ....

6. El Consello de la Xunta, por propuesta de la persona titular del departamento competente en materia de Hacienda, podrá modificar los porcentajes señalados en el número 3 de este artículo y los importes que se fijen conforme a lo dispuesto en el número 5, así como modificar el número de anualidades en casos especialmente justificados, por petición de la correspondiente consellería y después

de los informes que se juzguen oportunos, y, en todo caso, del de la dirección general competente en materia de presupuestos.

.....

### **Principio de integridad.**

Los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender a las obligaciones mediante minoración de los derechos a liquidar o ya ingresados, a no ser por autorización expresa de la ley.

Se exceptúan las devoluciones de ingresos indebidos que se declararán como tales por la autoridad o tribunal competente. Se entenderá por importe íntegro el que resulte después de aplicar los beneficios tributarios que sean procedentes, los cuales serán objeto de contabilización independiente.

### **Principio de especificación y carácter limitativo de los créditos.**

Los créditos consignados en los estados de gastos se destinarán exclusivamente a las finalidades específicas para los que están autorizados por la Ley de presupuestos o por las modificaciones aprobadas de acuerdo con las reglas previstas en el articulado del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, tal y como establece el artículo 56 de esta norma.

Así mismo en su apartado segundo este artículo 56 dispone que los créditos autorizados en los programas de gastos tienen carácter limitativo y vinculante a nivel de concepto. Sin embargo los créditos destinados a gastos de personal, excepto los que se refieren a incentivos al rendimiento, y los gastos en bienes corrientes y servicios tendrán carácter vinculante a nivel de artículo.

Prevé la Ley que en los servicios transferidos del INSALUD hoy SERGAS, se apliquen estas normas adaptándolas a su estructura peculiar.

Por último el artículo 56 en su apartado cuarto establece que en todo caso tendrán carácter vinculante, con el nivel de desagregación económica con el que aparezcan en los estados de gastos, los créditos destinados a atenciones protocolarias y representativas y los declarados ampliables.

Como consecuencia del carácter limitativo de los presupuestos, el artículo 57 establece la nulidad de las obligaciones en los casos en los que se hayan adquirido compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos consignados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que infrinjan esta norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

Se prevé una excepción para aquellos compromisos de gastos que reglamentariamente se determinen, cuando la imputación corresponda a créditos ampliables o que se adquieran como consecuencia de las necesidades propias del normal funcionamiento de los servicios y su importe exacto sea difícil de calcular por corresponder a obligaciones de tracto sucesivo.

### **Contenido de los Presupuestos Generales de la CA.**

Los Presupuestos de la Comunidad Autónoma estarán integrados: (artículo 48)

- a) Por el Presupuesto de la Comunidad.
- b) Por los presupuestos de los organismos autónomos.
- c) Por los presupuestos de explotación y capital de las sociedades públicas.
- d) Por los presupuestos de los demás entes públicos a que hace referencia el artículo 12 del Texto Refundido.

Los presupuestos generales contendrán:

- a) Los estados de gastos ( de la Administración General y organismos autónomos de carácter administrativo), en los que se especificarán

en la forma establecida, los créditos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones de contenido económico.

- b) Los estados de ingresos, en los que se detallarán las estimaciones de los derechos económicos que se liquidarán durante el ejercicio presupuestario.
- c) Los estados financieros de los organismos autónomos comerciales, industriales o financieros a que hace referencia el artículo 11 del Texto Refundido.
- d) Los estados financieros de las sociedades públicas.

Por lo que respecta a su estructura el artículo 49 establece que los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustarán en cuanto a su estructura a las siguientes reglas:

#### Primera

- a) Los estados de gastos se confeccionarán aplicando una clasificación funcional por programas. Así mismo las clasificaciones orgánica y económica informarán, respectivamente, sobre el agente que realiza el gasto y su naturaleza.
- b) Para cada programa de gastos se establecerán los objetivos que se pretendan conseguir, con los recursos que se le asignen, así como siempre que sea posible los indicadores de seguimiento que se consideren adecuados para analizar el grado de consecución de los objetivos.
- c) Se presentarán con separación los gastos corrientes y los gastos de capital, y su clasificación económica se regirá por los siguientes criterios:
  - 1. En los créditos para gastos corrientes se distinguirán los de funcionamiento de los servicios, los gastos financieros y las transferencias corrientes.
  - 2. En los créditos para gastos de capital se distinguirán los de inversiones reales, las transferencias de capital y las variaciones de activos y pasivos financieros.



## Segunda

Los estados de ingresos presentarán una clasificación económica distinguiendo los correspondientes a operaciones corrientes y a operaciones de capital.

### **Elaboración y aprobación de los presupuestos.**

De acuerdo con el artículo 51 del Texto Refundido:

“El procedimiento para la elaboración de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustará a las siguientes normas:

1. Los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma y las consellerías le remitirán a la de Economía y Hacienda ( hoy Hacienda ), antes del 1 de julio sus respectivos estados de gastos debidamente documentados y ajustados a las normas que les sean aplicables y a las directrices de la Xunta.
2. Dentro del mismo plazo y con las mismas formalidades indicadas, cada una de las consellerías remitirá:
  - a) Los anteproyectos de presupuestos de gastos e ingresos de los organismos autónomos que tenga adscritos, formando un solo presupuesto para cada organismo, incluyendo en los que tengan carácter comercial, industrial, financiero o análogo los estados financieros a los que hace referencia el artículo 82 de la presente ley.
  - b) Los anteproyectos de presupuestos de ingresos y gastos de los entes públicos a los que hace referencia el artículo 12 de esta ley y que tengan adscritos.
  - c) Los anteproyectos de presupuestos de explotación y capital de las sociedades públicas que tengan adscritas.
3. El anteproyecto de presupuestos de ingresos de la Comunidad Autónoma en el que se recoja la estimación de los recursos derivados de sus fuentes de financiación será elaborado por la Consellería de Economía y Hacienda.

4. Teniendo en cuenta los estados de ingresos y gastos mencionados y el marco macroeconómico en el que se contenga la previsible actividad económica del ejercicio presupuestario siguiente, la Consellería formulará el anteproyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma y los someterá al acuerdo de la Xunta.
5. Junto con el anteproyecto de la ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se remitirá al Consello de la Xunta la siguiente documentación:
  - a) La cuenta consolidada de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
  - b) Una memoria explicativa de su contenido y de las principales diferencias existentes en ellos en relación con los presupuestos en vigor.
  - c) La liquidación de los presupuestos del año anterior y un avance de los del ejercicio corriente.
  - d) Un informe económico y financiero.
  - e) Un anexo de inversiones reales, que contendrá la valoración de los proyectos de inversión pública que se van a realizar y su distribución territorial. En el caso de inversiones plurianuales se indicará la inversión de cada año. Dentro del citado anexo de inversiones reales se diferenciarán los proyectos de inversión en vinculantes y no vinculantes. Los créditos destinados a los proyectos de inversión a los que se les confiera el carácter de vinculantes no podrán destinarse a la financiación de otros proyectos, excepto por autorización de la persona titular de la consellería competente en materia de Hacienda. Trimestralmente se le comunicará a la Comisión 3ª (Hacienda y Presupuestos) del Parlamento de Galicia la relación de las autorizadas, en el caso de haberlas.
  - f) Un anexo de transferencias.
  - g) Un anexo de personal.

El proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, junto con la documentación anteriormente enumerada, deberá ser remitida al Parlamento de Galicia antes del día 20 de octubre. Se remitirán igualmente al Parlamento de Galicia los presupuestos de las diputaciones provinciales.

El Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia prevé la posibilidad de la prórroga de los presupuestos en su artículo 54 estableciendo:

“Sí la ley de presupuestos generales no fuese aprobada por el Parlamento de Galicia antes del primer día del ejercicio económico en el que tenga que aplicarse, se considerarán automáticamente prorrogados los del ejercicio inmediato anterior.

1. La Consellería de Economía y Hacienda podrá elaborar, si es el caso, los correspondientes estados de gastos en los que se detallarán los importes de los créditos prorrogados y los del ejercicio inmediatamente anterior. Los citados importes serán el resultado de realizar en los créditos iniciales del presupuesto prorrogado las operaciones siguientes:
  - a) Se excluirán aquellos gastos que correspondan a actuaciones que deban quedar terminadas al finalizar el ejercicio de los presupuestos del cual se prorrogan, así como aquellos que no se consideren necesarios para el ejercicio que se inicia.
  - b) En los indicados estados de gastos se incluirán aquellos créditos que correspondan a actuaciones de urgente iniciación o cobertura, siempre que tengan cabida dentro de las bajas motivadas en la letra a) anterior.
  - c) La persona titular de la Consellería de Hacienda determinará que modificaciones presupuestarias de las realizadas durante el

ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan se consolidarán en los estados de gastos a que hace referencia el apartado a).

2. Durante el período de prórroga les serán aplicables a los estados de gastos resultantes de lo dispuesto en el número anterior las disposiciones del capítulo II de este título III.
3. Una vez aprobados los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma procederá a imputárseles a estos las operaciones realizadas durante el período de prórroga, de acuerdo con las instrucciones que al efecto dicte la consellería de Hacienda. En el caso de no existir en los ornamentos aprobados créditos a los que imputar los expedientes de gasto tramitados durante el período de prórroga, la consellería o el organismo autónomo afectado propondrán a la consellería de Hacienda aquellos créditos del presupuesto aprobado con cargo a los cuales deberá efectuarse la imputación.
4. La consellería de Hacienda confeccionará así mismo los estados de ingresos que tendrán vigencia durante el período de prórroga y que se elaborarán en función de las previsiones que puedan derivarse bien de la liquidación de los presupuestos del ejercicio prorrogado o de cualquier otro dato válido para sustentar las citadas previsiones, siempre que no supongan la introducción de ningún cambio en la normativa legal vigente durante el ejercicio del cual se prorroga el presupuesto.
5. El texto de la Ley de presupuestos correspondiente a los que se prorrogan también se prorrogará en sus propios términos, excepto aquellas disposiciones que por sus propias características solamente pudiesen tener vigencia exclusiva durante el respectivo año natural.

## **EL CONTROL PRESUPUESTARIO.**

La actividad financiera que desarrolla la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedimiento de supervisión que garantice que la distribución y gestión de los recursos públicos se realice teniendo en cuenta criterios de eficacia y eficiencia. Además este procedimiento permitirá controlar que la acción de Gobierno se haga conforme a los principios de equidad, solidaridad y equilibrio territorial, todo lo anterior tal y como exige el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de octubre (en adelante TRLRFO).

Esa actividad de supervisión es lo que podemos denominar como “control presupuestario”.

Los anteriores fines y concepto se completan con los “principios presupuestarios y de control” que recoge el artículo 4 del TRLRFO:

“1. La actividad 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”.

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 307/2009, de 28 de mayo, por el que se establece la estructura de la Consellería de Facenda – DOG nº 106, de 2 de junio de 2009).

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.

**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.

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).

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”.

El **Consello de Contas** es el órgano estatutario que realiza el control externo de la actividad de la Comunidad Autónoma.

El EAG en su artículo 53.2 señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 y en el apartado d) del artículo 153 de la Constitución, se crea el Consejo de Cuentas de Galicia. Una Ley de Galicia regulará su organización y funcionamiento y establecerá las garantías, normas y procedimientos para asegurar la rendición de las cuentas de la Comunidad Autónoma, que deberá someterse a la aprobación del Parlamento”.

La Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA), establece en su artículo 22 la posibilidad de que en el control de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas 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.

## **EL CONTENIDO DE LA HACIENDA DE LA COMUNIDAD.**

### **Concepto.**

Podemos conceptuar la Hacienda pública en tres sentidos distintos: subjetivo, objetivo e institucional.

- A. En sentido subjetivo la Hacienda Pública es la Administración en cuanto ejerce la función de obtención de ingresos y realización de gastos.
- B. En sentido objetivo se define en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia al decir que “La Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico y financiero cuya titularidad le corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia.”

La Hacienda Pública viene a identificarse con el patrimonio de la Comunidad Autónoma en su sentido más amplio cuyo lado activo estaría constituido por los recursos integrantes del Tesoro Público y por el resto de los bienes y derechos que integran en sentido técnico jurídico su dominio y su pasivo por los débitos la deuda pública y todas las obligaciones de contenido económico cuyo pago corresponde al Tesoro Público.

- C. En su acepción institucional puede configurarse la hacienda pública como un hecho o fenómeno jurídico encuadrado en esa institución u ordenamiento jurídico más amplio y complejo que es la Comunidad Autónoma de la cual forma parte.

Se regula la Hacienda de la Comunidad Autónoma en el Título I del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, constituido por dos capítulos que tratan respectivamente de los recursos y de las obligaciones.

## **RECURSOS DE LA HACIENDA PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.**

Respecto de los recursos la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma está constituida por (artículo 14):

1. Los rendimientos de los impuestos, tasas y contribuciones especiales que establezca la Comunidad Autónoma.
2. Los rendimientos de los tributos cedidos por el Estado.
3. La participación en los ingresos del Estado por impuestos directos e indirectos incluidos en los monopolios fiscales.
4. Las dotaciones para la nivelación de los servicios mínimos.
5. El importe de los precios derivados de servicios prestados por la Comunidad o por la concesión de cánones por aprovechamientos especiales de propia creación o procedentes de traspasos de servicios estatales.
6. Los ingresos procedentes del Fondo de Compensación Interterritorial o de otros fondos de análoga naturaleza.
7. Los recargos sobre impuestos estatales.
8. Otras asignaciones con cargo a los presupuestos generales del Estado o de otros entes públicos.
9. El producto de la emisión de deuda y el recurso al crédito.
10. Los rendimientos del Patrimonio de la Comunidad Autónoma.
11. Los ingresos de derecho privado, legados y donaciones.
12. Las multas y sanciones en el ámbito de su competencia.
13. En su caso, las participaciones que se establezcan por las leyes en los ingresos por tributos del Estado para recuperar los costes sociales producidos por actividades contaminantes y generadoras de riesgos de especial gravedad para el entorno físico y humano de Galicia.
14. Las subvenciones que pueda recibir la Comunidad Autónoma.
15. Cualquier otro recurso, de derecho público o privado que obtenga o le corresponda a la Comunidad Autónoma, independientemente de su naturaleza o finalidad.

La Ley recoge el principio general de no afectación de los ingresos al establecer en su artículo 15 que los recursos de la Comunidad Autónoma gallega y de cada uno de sus organismos autónomos se destinarán a satisfacer el conjunto de sus obligaciones respectivas, salvo que en una norma con rango de ley se establezca su afectación para fines determinados.

Por lo que respecta a la función de **administración de los recursos** de la Hacienda gallega, ésta corresponde a la consellería competente en materia de Hacienda, con los controles que la Ley establezca. No obstante con idénticos controles, los presidentes, directores u órganos de administración de las entidades autónomas y empresas públicas dotadas de personalidad jurídica propia, tendrán a su cargo la administración de los recursos de que dispongan para el cumplimiento de sus fines.

El artículo 16 del Texto Refundido que regula este tema recoge también que las personas o entidades que tengan a su cargo la administración de los recursos de la Hacienda Pública gallega, dependerán de la consellería competente en materia de Hacienda o de los órganos de administración de los organismos autónomos, y demás entes públicos, en todo lo relativo a su gestión, aplicación y rendimiento de cuentas.

Además estarán obligadas a la prestación de fianza todas aquellas personas o entidades que manejen fondos o valores públicos, en la cuantía y forma que determinen las disposiciones reglamentarias.

Otra de las características de los recursos que integran la Hacienda Pública es la **indisponibilidad de los recursos**. El artículo 18 del Texto Refundido regula la disponibilidad de bienes y derechos recogiendo que:

1. La gestión de los bienes patrimoniales y de sus rendimientos, tanto de la Comunidad Autónoma como de sus organismos autónomos, se ajustará a lo dispuesto en las leyes del Parlamento de Galicia aplicables en cada caso.



2. No podrán ser enajenados, gravados ni arrendados los derechos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, salvo en los supuestos y en las condiciones previstos en las leyes.
3. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a favor de la Hacienda pública gallega, salvo en los casos y en la forma que se determinen en las leyes.

El artículo 22 recoge respecto de la integridad de la Hacienda Pública, que no se podrá transigir sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad, ni someter a arbitraje los conflictos que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado por la Xunta.

Con respecto a las **prerrogativas** de que goza la Administración con respecto a los bienes y derechos integrantes de su Patrimonio, establece el artículo 19 las siguientes garantías:

1. Para realizar el cobro de los tributos y demás recursos de derecho público que le correspondan, la Hacienda Pública gallega estará en posesión de las prerrogativas legalmente establecidas, gozando en todo momento de las mismas facultades y garantías que las demás administraciones públicas de ámbito estatal o territorial.
2. Las providencias de apremio acreditativas del descubierto ante la Hacienda de la Comunidad de las deudas por tributos y demás ingresos de derecho público, expedidas por funcionarios competentes según los reglamentos, serán título suficiente para iniciar su cobro por la vía de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores.

Por su parte abundando en las prerrogativas de la Administración el artículo 21 establece:

1. Las cantidades debidas a la Hacienda de la Comunidad Autónoma devengarán intereses de demora desde el día siguiente al de su vencimiento. Se incluyen en este apartado las cantidades recaudadas a través de entidades colaboradoras, cuentas restringidas, oficinas liquidadoras y demás entidades recaudadoras por cuenta de la Hacienda de la Comunidad que no sean ingresadas por las citadas entidades en el Tesoro en los plazos establecidos.
2. Excepto lo establecido en leyes especiales, el interés de demora resultará de la aplicación, para cada año o período de los que integran el período de cálculo, del interés legal fijado en la ley de presupuestos del Estado para los citados ejercicios.

### **OBLIGACIONES DE LA HACIENDA PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

Según el artículo 24 del Texto Refundido :

1. Las obligaciones económicas de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que conforme a derecho las generen.

En cuanto a la exigibilidad de las obligaciones establece el número 2 de ese mismo artículo:

2. El pago de las obligaciones sólo será exigible a la Hacienda de la Comunidad en la medida que resulte de la ejecución de sus presupuestos, de sentencia judicial firme o de operaciones de tesorería legalmente autorizadas.
3. Cuando las obligaciones económica tengan por causa prestaciones o servicios a favor de la Comunidad Autónoma el pago no se podrá realizar mientras el acreedor no cumpliese o garantizase conforme a la ley su obligación correlativa.

Por lo que se refiere a las **prerrogativas** de la Administración en esta materia:

“Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda de la Comunidad Autónoma.” Artículo 25.1

Así mismo el cumplimiento de las resoluciones que determinen obligaciones a cargo de la Comunidad o de sus organismos autónomos le corresponderá exclusivamente a la autoridad administrativa que sea competente. Si no hubiese crédito en el presupuesto en vigor o fuese insuficiente el disponible, se solicitará del Parlamento, dentro de los tres meses a la notificación de la resolución, la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito.

Si la administración se retrasase en el pago de sus obligaciones no haciéndose efectivo al acreedor en el plazo de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la propia obligación , el acreedor tendrá derecho al pago de los correspondientes intereses de demora sobre la cantidad debida al tipo establecido en el número 2 del artículo 21 siempre que reclame por escrito el cumplimiento de la obligación. Como norma especial deberá tenerse en cuenta en esta materia el artículo 200 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre , de contratos del sector público.

En materia de **prescripción**:

1. Salvo lo establecido en las leyes especiales, prescribirán a los cinco años.
  - a) El derecho al reconocimiento o a la liquidación de toda obligación, computándose el plazo desde el momento en el que esta sea exigible conforme a derecho.

- b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones reconocidas o liquidadas. El plazo se contará desde la fecha de notificación del reconocimiento o de la liquidación de la respectiva obligación.
2. La petición por escrito del reconocimiento o del cumplimiento de la obligación, o de la efectividad de su pago, por parte de los acreedores legítimos, o de los que se subroguen en sus derechos, mediante la presentación de los documentos justificativos de su derecho, interrumpirá la prescripción, según lo dispuesto en el código civil, salvo lo establecido en leyes especiales.
3. Las obligaciones que prescriban serán dadas de baja en las cuentas respectivas, después de la tramitación del oportuno expediente.

María del Socorro Martín Hierro



## **2. EL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA: CONCEPTO Y NATURALEZA. CONTENIDO. ESTRUCTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN.**

## **TEMA 2**

EL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA: CONCEPTO Y NATURALEZA. CONTENIDO. ESTRUCTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN.

### **1. EL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA: CONCEPTO Y NATURALEZA.**

#### **1.1.CONCEPTO**

La Hacienda Pública denomina presupuesto al plan económico del grupo político gobernante. El presupuesto es la expresión contable del plan económico de la Hacienda Pública para un período de tiempo determinado.

Así como los planes económicos de las familias y de las empresas son consustanciales a la aparición de estas unidades, el presupuesto estatal no parece hasta el siglo XVIII. Las razones que justifican esta tardía aparición son, según NEUMARK, las siguientes:

- a) El fraccionamiento y dispersión de los asuntos públicos, característicos de la economía medieval.
- b) La escasa importancia del sector público hasta llegar al siglo XVIII y XIX.
- c) Que el sistema democrático no se generalizara hasta el siglo XIX, y lo hiciera ya estrechamente unido a la institución presupuestaria, ya que es el pueblo el que elige el poder legislativo concretando, en las leyes presupuestarias anuales, las preferencias populares en torno a los servicios públicos deseados y los medios más aptos para satisfacerlos.

Por tanto el presupuesto es un instrumento fundamental para la institución democrática puesto que concreta exactamente los límites dentro de los cuales el poder legislativo concede su mandato al poder ejecutivo para la gestión presupuestaria.

## 1.2. NATURALEZA

Hay que analizar aquellas propiedades que el presupuesto debe cumplir inexcusablemente:

1ª.- Debe constituir un acto de previsión.

2ª.- Supone una idea de equilibrio entre gastos e ingresos, sin perjuicio de que modernamente se ha defendido la actuación desequilibrada, en sentido económico, del presupuesto durante determinadas fases de la actividad o coyuntura económica y con el propósito de lograr el objetivo de la estabilidad económica.

3ª.- Debe ser elaborado de forma regular. No basta con una elaboración esporádica sino que precisa de una elaboración recurrente y periódica.

4ª.- Debe adoptar una forma determinada, es decir que se exprese en lenguaje contable a través de una serie de partidas de ingresos y de gastos.

5ª.- El presupuesto es una previsión normativa. Es más que una simple estimación o que un simple plan financiero, ya que obliga al gobierno y a la Administración tanto política como jurídicamente. Esta obligación es limitativa en cuanto a gastos y estimativa en cuanto a ingresos.

Llegamos así pues a la rigurosa definición de presupuesto dada por NEUMARK como “Resumen sistemático confeccionado en períodos

regulares de las previsiones, en principio obligatorias, de los gastos proyectados y de las estimaciones de los ingresos previstos para cubrir dichos gastos.”

La definición legal del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia se recoge en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia aprobado por Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de octubre (en adelante TRLRFPG) que establece como:

“1. Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de:

- a) Las obligaciones que, como máximo, se podrán reconocer y los derechos que se prevean liquidar por parte de la Comunidad y de sus organismos autónomos durante el ejercicio presupuestario.
- b) Los objetivos que se pretendan conseguir con la utilización de los recursos financieros consignados en los mismos.
- c) Las estimaciones de los flujos financieros de las sociedades públicas.
- d) La totalidad de los gastos e ingresos de los demás entes públicos.
- e) Los beneficios fiscales estimados.

2. Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se enmarcarán en un escenario plurianual que contenga las líneas básicas de la actuación a medio plazo del sector público gallego.

3. Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se presentarán y se aprobarán de forma que los estados de gastos no superen los recursos totales previstos en los respectivos estados de ingresos.



4. Previa autorización del conselleiro de Economía y Hacienda podrán gestionarse como operaciones extrapresupuestarias aquellas en que la actividad de la Comunidad, de sus organismos autónomos y de las sociedades públicas autonómicas de carácter no mercantil se limite a la realización de funciones de intermediación en su gestión.”

## **2. CONTENIDO**

El contenido de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se regula en el artículo 48.2 del TRLRFPG que dispone como “Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma contendrán:

- a) Los estados de gastos, en los que se especificarán en la forma establecida los créditos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones.
- b) Los estados de ingresos, en los que se detallarán las estimaciones de los derechos económicos que se liquidarán durante el ejercicio presupuestario.
- c) Los estados financieros de los organismos autónomos comerciales, industriales o financieros a que hace referencia el artículo 11 de esta Ley.
- d) Los estados financieros de las sociedades públicas autonómicas, entes de derecho público y demás entidades con personalidad jurídica propia que formen parte del sector administraciones públicas, según el Sistema Europeo de Cuentas.

Además el artículo 48.1 del TRLRFPG establece como los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma estarán integrados:

- a) Por el presupuesto de la Comunidad.
- b) Por los presupuestos de los organismos autónomos.
- c) Por los presupuestos de las agencias públicas autonómicas.
- d) Por los presupuestos de explotación y de capital de las sociedades mercantiles del artículo 12 de esta Ley y de aquellas en las que concurren

los requisitos determinados por el Sistema Europeo de Cuentas para integrarse en el sector de la administración pública autonómica de Galicia.

e) Por los presupuestos de los entes públicos a que hace referencia el artículo 12 de esta Ley.

f) Por los presupuestos de explotación y capital de las fundaciones del sector público autonómico en las que concurran los requisitos determinados por el Sistema Europeo de Cuentas para integrarse en el sector de la administración pública autonómica de Galicia.

g) Por los presupuestos de los consorcios en los que concurran los requisitos determinados por el Sistema Europeo de Cuentas para integrarse en el sector de la administración pública autonómica de Galicia.

h) En todo caso, por los presupuestos de las demás entidades que estén clasificadas como administración pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas, salvo las universidades públicas.

### **3. ESTRUCTURA.**

Según el artículo 49 del TRLRPG los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustarán, en cuanto a su estructura, a las siguientes reglas:

Los **estados de gastos** se confeccionarán aplicando una clasificación funcional por programas. Asimismo, las clasificaciones orgánica y económica informarán, respectivamente, sobre el agente que realiza el gasto y la naturaleza del mismo.

Para cada programa de gasto se establecerán los objetivos que se pretenden conseguir con los recursos que se le asignen, así como siempre

que sea posible los indicadores de seguimiento que se consideren adecuados para analizar el grado de consecución de los mismos.

Se presentarán con separación los gastos corrientes y los gastos de capital, y su clasificación económica se regirá por los siguientes criterios:

1. En los créditos para gastos corrientes se distinguirán los de funcionamiento de los servicios, los gastos financieros y las transferencias corrientes.
2. En los créditos para gastos de capital se distinguirán los de inversiones reales, las transferencias de capital y las variaciones de activos y pasivos financieros.

Los **estados de ingresos** presentarán una clasificación económica distinguiendo los correspondientes a operaciones corrientes y a operaciones de capital.

### 3.1. ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO DE INGRESOS.

Comprende a su vez dos clasificaciones:

- a) Clasificación orgánica: A través de esta clasificación se identifica el órgano o unidad al que se le asignan los ingresos estimados.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia la clasificación orgánica se corresponde con un único centro gestor en la Administración general y con centros de gestión diferenciados para cada uno de los organismos autónomos y agencias públicas.

- b) Clasificación económica: Consiste en la ordenación de los recursos que se prevea liquidar, según su naturaleza económica, clasificándose por capítulos, artículos, conceptos y subconceptos.

Esta Clasificación económica realiza una agrupación de los ingresos en capítulos en función de la naturaleza de las operaciones que integra, esto es, operaciones corrientes y operaciones de capital.

Operaciones corrientes:

Capítulo I.-Impuestos directos

Capítulo II.-impuestos indirectos

Capítulo III.-Tasas, precios y otros ingresos

Capítulo IV.-Transferencias corrientes: recursos condicionados o no, recibidos por la Administración de la Comunidad Autónoma y sus Organismos Autónomos, sin contrapartida directa por parte de los agentes que los conceden y que se destinan a financiar operaciones corrientes.

Operaciones de capital:

Capítulo V.-Ingresos patrimoniales: recoge los ingresos procedentes de rentas de propiedad o del patrimonio de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos y de las actividades realizadas en régimen de derecho privado.

Capítulo VI.-Enajenación de inversiones reales: comprende los ingresos derivados de la venta de bienes de capital de propiedad de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos.

Capítulo VII.-Transferencias de capital: recursos condicionados o no recibidos por la Comunidad Autónoma y sus Organismos Autónomos, sin contrapartida directa por parte de los agentes que los conceden y que se destinan a financiar operaciones de capital.

Capítulo VIII.-Activos financieros: recoge los ingresos procedentes de la venta de activos financieros, así como los ingresos procedentes de reintegros de préstamos concedidos y los reintegros de depósitos y fianzas constituídas.

Capítulo IX.-Pasivos financieros: se imputaran a este concepto los ingresos obtenidos por la Comunidad Autónoma y sus Organismos Autónomos procedentes de la emisión de deuda y la obtención de préstamos tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o extranjera, a corto, medio y largo plazo, así como los depósitos y fianzas recibidas.

### 3.2. ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO DE GASTOS.

El presupuesto de gastos se estructura teniendo en cuenta las finalidades y objetivos que el presupuesto pretende conseguir, adecuándose a la clasificación económica, orgánica y

funcional por programas.

Además de lo anterior, la totalidad de los créditos del presupuesto de gastos deberán configurarse por códigos de proyecto o actuación bajo la cual se identifican las unidades básicas de gastos. Dichas unidades de gastos reflejarán, si fuera el caso, la clasificación territorial.

a) Clasificación orgánica: Identifica el centro o unidad gestora del gasto al que se le asignan los créditos. Así los diferentes centros gestores se agrupan primero en secciones y estas a su vez en servicios.

Las secciones serían:

Sección 01.-Parlamento.

Sección 02.-Consello de Contas.

Sección 03.-Consello da Cultura Galega.

Sección 04.-Presidencia da Xunta de Galicia.

Sección 05.-Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza.

Sección 06.-Consellería de Facenda.

Sección 07.-Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas.

Sección 08.-Consellería de Economía e Industria.

Sección 09.-Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.

Sección 10.-Consellería de Sanidade.

Sección 11.-Consellería de Cultura e Turismo.

Sección 12.-Consellería de Traballo e Benestar.

Sección 13.-Consellería do Medio Rural.

Sección 14.-Consellería do Mar.

Sección 20.-Consello Consultivo de Galicia.

Sección 21.-Transferencias a corporaciones locales.

Sección 22.-Deuda pública de la comunidad autónoma.

Sección 23.-Gastos de diversas consellerías.

Los servicios, que se suelen corresponder con los centros y unidades responsables de los programas de gasto, normalmente se identifican con

las Secretarías generales y las Direcciones generales de las Consellerías. Los Organismos Autónomos se integran como un servicio propio en el presupuesto de la sección correspondiente a la Consellería a la que estén adscritos.

b) Clasificación funcional o por programas: Los programas de gastos se enumerarán y denominarán según una estructura funcional, clasificando los gastos en función de la finalidad u objetivos a alcanzar.

Los grupos funcionales son los siguientes en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia:

Grupo I: Actuaciones de carácter general

Grupo II: Protección civil y seguridad ciudadana

Grupo III: Protección y promoción social

Grupo IV: Producción de bienes públicos de carácter social

Grupo V: Producción de bienes públicos de carácter económico

Grupo VI: Regulación económica de carácter general

Grupo VII: Regulación económica de sectores productivos y desarrollo empresarial

Grupo VIII: Transferencias a entidades locales

Grupo IX: Deuda Pública

A su vez cada grupo funcional se divide en funciones, éstas en subfunciones y éstas en programas de gasto.

Así por ejemplo el programa 733B “Infraestructuras energéticas” sería:

Grupo funcional VI: Regulación económica de carácter general

Función 73: Industria, energía y minería

Subfunción 733: Planificación y producción energética

Programa 733B: Infraestructuras energéticas



c) Clasificación económica: determina la naturaleza económica de los gastos, estableciéndose la distinción entre gastos corrientes y gastos de capital.

Los créditos se clasifican en capítulos, éstos a su vez en artículos, éstos en conceptos y por último en subconceptos.

Capítulo I: Gastos de personal

Capítulo II: Gastos en bienes corrientes y servicios.

Capítulo III: Gastos financieros

Capítulo IV: Transferencias corrientes

Capítulo V: Fondo de Contingencia

Capítulo VI: Inversiones reales

Capítulo VII: Transferencias de capital

Capítulo VIII: Activos financieros

Capítulo XIX: Pasivos financieros

La **aplicación presupuestaria** permite descender a un crédito concreto incluyendo la clasificación orgánica, funcional y económica. Así por ejemplo la aplicación:

05.01.121A.226.02

05.01: Clasificación orgánica

05: Sección

01: Servicio

121A: Clasificación funcional

1: Grupo de función

12: Función

121: Subfunción

121A: Programa de gasto

226.02: Clasificación económica

2: Capítulo

22: Artículo

226: Concepto

226.02: Subconcepto

### 3.3. NORMAS ESPECIALES DE ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO.

Los presupuestos de ingresos y gastos de los organismos autónomos comerciales, industriales, financieros e análogos y de las agencias públicas y demás entidades recogidas en el artículo 48.1 del TRLRFPG que estén sujetas a presupuesto limitativo de gasto, se estructuraran de acuerdo con la clasificación económica y funcional establecida con carácter general y con la orgánica que en cada caso les corresponda, incluyendo además los estados financieros que están obligados a presentar.

Los presupuestos de explotación y capital, y demás estados financieros de las sociedades públicas y demás entidades recogidas en el artículo 48.1 del TRLRFPG no sujetas a presupuesto limitativo se estructuraran de acuerdo con sus normas específicas y, en particular, las recogidas en el capítulo V del TRLRPG que les son de aplicación.

## **4. ELABORACIÓN**

Anualmente la Consellería de Hacienda aprueba la orden de elaboración de los presupuestos del ejercicio siguiente. Así los presupuestos del año 2011 deberán ajustarse a lo dispuesto en la Orden de 18 de mayo de 2010 por la que se dictan instrucciones para la elaboración de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011.

Por otra parte es el artículo 51 del TRLRFPG el que establece como el procedimiento para la elaboración de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustará a las siguientes normas:

1. Los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma y las consellerías remitirán a la de Economía y Hacienda antes del 1 de julio sus respectivos estados de gastos debidamente documentados y ajustados a las normas que les sean aplicables y a las directrices establecidas por la Xunta.

2. Dentro del mismo plazo y con las mismas formalidades indicadas en el punto anterior, cada una de las consellerías remitirá:

a) Los anteproyectos de presupuestos de gastos e ingresos de los organismos autónomos que tengan adscritos, formando un solo presupuesto para cada organismo, incluyendo en los que tengan carácter comercial, industrial o financiero los estados financieros a que hace referencia el artículo 82 de la presente Ley.

b) Los anteproyectos de presupuestos de ingresos y gastos de los entes públicos a los que hace referencia el artículo 12 de esta Ley que le estén adscritos.

c) Los anteproyectos de presupuestos de explotación y capital de las sociedades públicas que tengan adscritas.

3. El anteproyecto de presupuesto de ingresos de la Comunidad Autónoma en el que se recoja la estimación de los recursos derivados de sus fuentes generales de financiación lo elaborará la Consellería de Economía y Hacienda.

4. Teniendo en cuenta los estados de ingresos y gastos mencionados y el marco macroeconómico en el que se contenga la previsible actividad económica del ejercicio presupuestario siguiente, la Consellería de Economía y Hacienda formulará el anteproyecto de ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma y lo someterá a acuerdo de la Xunta.

5. Junto con el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma se remitirá al Consello de la Xunta la siguiente documentación:

a) La cuenta consolidada de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

b) Una memoria explicativa de su contenido y de las principales diferencias existentes en los mismos en relación con el presupuesto en vigor.

c) La liquidación de los presupuestos del año anterior y un avance de los del ejercicio corriente.

d) Un informe económico y financiero.

e) Un anexo de inversiones reales, que contendrá la valoración de los proyectos de inversión pública que se van a realizar y su distribución territorial. En el caso de inversiones plurianuales, se indicará la inversión de cada año.

Dentro de dicho anexo de inversiones reales se distinguirán los proyectos de inversión en vinculantes y no vinculantes. Los créditos destinados a proyectos de inversión a los que se les dé carácter vinculante no podrán destinarse a la financiación de otros proyectos, salvo por autorización del conselleiro de Economía y Hacienda.

Trimestralmente se comunicará a la Comisión 3ª, de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento de Galicia la relación de las autorizaciones realizadas, en el caso de haberlas.

f) Un anexo de transferencias.

g) Un anexo de personal.

## **5. APROBACIÓN**

### **5.1. TRAMITACIÓN EN EL PARLAMENTO DE GALICIA**

El artículo 52 del TRLRFPG regula la remisión al Parlamento de Galicia del proyecto de Ley de presupuestos de forma que “el proyecto de ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, acompañado de la documentación establecida en el apartado 5 del artículo 51, se remitirá al Parlamento de Galicia antes del 20 de octubre, a los efectos del artículo 53.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia.”

Con respecto a los Presupuestos de las diputaciones provinciales, el artículo 53 del TRLRFPG establece como la Xunta remitirá igualmente al Parlamento de Galicia los presupuestos de las diputaciones provinciales, a los efectos previstos en la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía y en la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.

Con respecto a la tramitación del Proyecto de ley de presupuestos en el Parlamento de Galicia, el procedimiento se regula en el Reglamento del Parlamento, gozando de preferencia en la tramitación con respecto a los demás trabajos de la Cámara.

#### **1º) Enmiendas:**

Una vez recibido el proyecto de ley, la Mesa del Parlamento mandará que se publique y que se abra el plazo de enmiendas, para que oída la Junta de Portavoces, se tramiten en la Comisión correspondiente.

Una vez publicado el proyecto de Ley de Presupuestos, los Diputados y los Grupos Parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. El

escrito de enmiendas deberá llevar la firma del Portavoz del Grupo a que pertenezca el Diputado o de la persona que sustituya a aquél, a los meros efectos de conocimiento. La omisión de este trámite podrá subsanarse antes del comienzo de la discusión en Comisión.

Las enmiendas podrán ser a la totalidad o al articulado.

- a) Enmiendas a la totalidad: Serán enmiendas a la totalidad aquellas que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del Proyecto de Ley. Postulan dos posibles soluciones:
  - a. La devolución del proyecto de ley al Gobierno de la Xunta.
  - b. Sustitución por un texto completo alternativo al del Proyecto.

Estas enmiendas a la totalidad sólo podrán ser presentadas por los Grupos Parlamentarios o por un Diputado con la firma de otros cuatro.

- b) Las enmiendas al articulado: Que podrán ser de supresión, modificación o adición. En los dos últimos supuestos, la enmienda deberá contener el texto concreto que se proponga.

Las enmiendas al Proyecto de Ley de presupuestos que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirán la conformidad de la Xunta de Galicia para su tramitación. A tal efecto, la Ponencia encargada de redactar el informe remitirá a la Xunta de Galicia, por conducto de la Presidencia del Parlamento, las que supongan dicho aumento o disminución.

La Xunta de Galicia deberá dar respuesta razonada en el plazo de quince días, transcurrido el cual se entenderá que el silencio de la Xunta expresa conformidad. El informe que emita la Xunta de Galicia tendrá por objeto evaluar los efectos que tendría la admisión de la enmienda desde un punto

de vista técnico y las circunstancias por las que sería o no conveniente su admisión.

La Xunta de Galicia podrá manifestar su disconformidad con la tramitación de enmiendas que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios en cualquier momento de la tramitación, de no haber sido consultada en la forma que señalan los apartados anteriores.

En cualquier caso, aquellas enmiendas al Proyecto de Ley de Presupuestos que supongan aumento de créditos en algún concepto únicamente podrán ser admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales, proponen una baja de igual cuantía en la misma Sección.

## **2º) Debate de totalidad:**

Si se hubieran presentando enmiendas a la totalidad, el Pleno del Parlamento celebrará el debate de totalidad del Proyecto de Ley de presupuestos. En este caso, el Presidente de la Comisión trasladará al Presidente del Parlamento de Galicia las enmiendas a la totalidad que se hubieran presentado para su inclusión en el Orden del Día de la Sesión plenaria en que hayan de debatirse.

El debate de totalidad del proyecto de Ley de presupuestos será único, acumulándose en el mismo tanto las enmiendas que postulen su devolución global como la de cualquier sección o centro gestor de gastos. El debate de totalidad se desarrollará conforme a lo establecido en el reglamento del Parlamento de Galicia para los de este carácter, si bien una vez defendidas todas las enmiendas, teniendo los grupos que las han formulado un tiempo proporcional entre treinta y cuarenta y cinco minutos. Sólo estas enmiendas tendrán efectos devolutivos para el proyecto.

A continuación se debatirán las enmiendas que afecten a la cuantía global de los estados de los presupuestos o que transfieran créditos entre secciones. Para su defensa cada grupo parlamentario dispondrá de un tiempo proporcional entre quince y treinta minutos.

El debate del Presupuesto se referirá al articulado y al estado de autorización de gastos. Todo ello sin perjuicio del estudio de otros documentos que deban acompañar a aquél.

El Presidente de la Comisión y el de la Cámara, de acuerdo con sus respectivas Mesas, podrán ordenar los debates y votaciones en la forma que más se acomode a la estructura del Presupuesto.

El debate final de los Presupuestos en el Pleno de la Cámara, se desarrollará diferenciando el conjunto del articulado de la Ley y cada una de sus Secciones.

Si el Pleno acordase la devolución del Proyecto, éste quedará rechazado y el Presidente del Parlamento de Galicia lo comunicará al de la Xunta. En caso contrario se remitirá a la Comisión para proseguir su tramitación.

Si el Pleno aprobase una enmienda a la totalidad de las que propongan un texto alternativo, se dará traslado del mismo a la Comisión correspondiente, publicándose en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia y procediéndose a abrir un nuevo plazo de presentación de enmiendas, que sólo podrán formularse sobre el articulado.

### **3º) Debate en Comisión:**

Finalizado el debate de totalidad, si lo hubiere, y en todo caso el plazo de presentación de enmiendas, la Comisión nombrará en su seno uno o varios ponentes para que, a la vista del texto y de las enmiendas presentadas al



articulado, redacte un informe en el plazo de quince días. Concluido el informe de la Ponencia comenzará el debate en Comisión que se hará artículo por artículo.

Durante la discusión de un artículo, la Mesa podrá admitir a trámite nuevas enmiendas que se presenten en este momento por escrito por un miembro de la comisión, siempre que sean:

- Enmiendas transaccionales: esto es enmiendas que tiendan a alcanzar un acuerdo por aproximación entre las enmiendas ya formuladas y el texto del artículo.
- Enmiendas técnicas: esto es, enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

El Dictamen de la Comisión, firmado por su Presidente y por el Secretario se remitirá al presidente del Parlamento a los efectos de la tramitación subsiguiente que proceda.

Los Grupos Parlamentarios y Diputados, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha de terminación del Dictamen, en escrito dirigido al Presidente de la Cámara, deberán comunicar los votos particulares y enmiendas que después de ser defendidas y votadas en Comisión y no incorporadas al Dictamen, pretendan defender en el Pleno.

#### **4º) Debate en el Pleno**

El debate en el pleno comenzará con la presentación del dictamen de la comisión que haga el presidente de la misma durante un tiempo de diez minutos. A continuación, los grupos parlamentarios dispondrán

sucesivamente de un turno de quince minutos para explicar su posición sobre el dictamen de la comisión y, en su caso, defender las enmiendas y los votos particulares no incorporados al mismo y que oportunamente hubiesen reservado.

El debate se cerrará con otro turno de cinco minutos para que sucesivamente los grupos se definan sobre las enmiendas y los votos particulares defendidos por los demás.

La presidencia de la Cámara someterá a votación las enmiendas y los votos particulares mantenidos, incorporándose al texto los que resulten aprobados.

Durante el debate la Presidencia podrá admitir enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

Sólo se podrán admitir a trámite las enmiendas de transacción entre las ya presentadas y el texto del dictamen, cuando se formulen por escrito y ningún grupo parlamentario se oponga a su admisión.

Finalmente la Presidencia someterá a votación el dictamen de la comisión con las enmiendas y con los votos particulares que hubiesen sido incorporados.

Terminado el debate de un proyecto, si, como consecuencia de la aprobación de un voto particular o de una enmienda o de la votación de los artículos, el texto resultante pudiera ser incongruente u oscuro en alguno de sus puntos, la Mesa de la Cámara podrá por iniciativa propia o a petición de la Comisión, enviar el texto aprobado por el Pleno de nuevo a la Comisión, con el único fin de que ésta, en el plazo de un mes, efectúe una redacción armónica que deje a salvo los acuerdos del Pleno. El Dictamen

así redactado se someterá a la decisión final del Pleno, que deberá aprobarlo o rechazarlo en su conjunto, en una sola votación.

## **5.2. PRÓRROGA DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES**

Es el artículo 54 del TRLRFPG el que regula la posible prórroga de los presupuestos, de forma que si la Ley de Presupuestos Generales no fuese aprobada por el Parlamento de Galicia antes del primer día del ejercicio económico en el que tenga que aplicarse, se considerarán automáticamente prorrogados los del ejercicio inmediato anterior.

La Consellería de Economía y Hacienda (Consellería de Hacienda en la actualidad) podrá elaborar, en su caso, los correspondientes estados de gastos en los que se detallarán los importes de los créditos prorrogados. Dichos importes serán el resultado de realizar en los créditos iniciales del presupuesto prorrogado las operaciones siguientes:

- a) Se excluirán aquellos gastos que correspondan a actuaciones que deban quedar ultimadas al finalizar el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan, así como aquellos que no se consideren necesarios para el ejercicio que se inicia.
- b) En los indicados estados de gastos se incluirán aquellos créditos que correspondan a actuaciones de urgente iniciación o cobertura, siempre que tengan cabida dentro de las bajas motivadas por lo indicado en el apartado a) anterior.
- c) El conselleiro de Economía y Hacienda determinará qué modificaciones presupuestarias de las realizadas durante el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan se consolidarán en los estados de gastos a que hace referencia el apartado a).

Durante el período de prórroga será aplicable a los estados de gastos resultantes de lo dispuesto en el apartado anterior lo contenido en el Capítulo II de este Título III relativo a las modificaciones de crédito.

Una vez aprobados los presupuestos generales de la Comunidad se procederá a imputarles a los mismos las operaciones realizadas durante el período de prórroga, de acuerdo con las instrucciones que al efecto dicte la Consellería de Economía y Hacienda.

En caso de no existir en los presupuestos aprobados créditos a los que imputarles expedientes de gasto tramitados durante el período de prórroga, la consellería o el organismo autónomo afectado propondrá a la Consellería de Economía y Hacienda aquellos créditos del presupuesto aprobado con cargo a los cuales deberá efectuarse la imputación.

La Consellería de Economía y Hacienda confeccionará asimismo los estados de ingresos que tendrán vigencia durante el período de prórroga y que se elaborarán en función de las previsiones que puedan derivarse bien de la liquidación de los presupuestos de ingresos del ejercicio prorrogado o de cualquier otro dato válido para sustentar dichas previsiones, siempre que no suponga la introducción de ningún cambio en la normativa legal vigente durante cuyo ejercicio se prorroga el presupuesto.

El texto de la Ley de Presupuestos correspondiente a los que se prorrogan también se prorrogará en sus propios términos, excepto aquellas disposiciones que por sus propias características sólo pudiesen tener exclusiva vigencia durante el respectivo año natural.

## **6. LAS LEYES ANUALES DE PRESUPUESTOS.**

Las leyes anuales de presupuestos no se limitan a incluir los estados cifrados de gastos e ingresos sino que además incluyen a través de su

articulado una serie de normas materiales reguladoras de diversos aspectos relacionados con la actividad económica del sector público.

Así era tradicional que en las leyes de presupuestos se incluyeran una serie interminable de disposiciones que en muchos casos ni siquiera estaban relacionadas con el propio presupuesto.

De esta forma se incluían disposiciones de la siguiente naturaleza:

- a) Normas relativas a obligaciones a cargo de la Hacienda Pública creadas por leyes substantivas pero necesitadas para su efectividad de dotar a los órganos administrativos encargados de su gestión de crédito presupuestario suficiente, tales como, las normas sobre retribuciones de los funcionarios o pensiones públicas.
- b) Otro conjunto de preceptos que modifican normas tributarias, para adaptar el sistema tributario a la cambiante realidad económica y social.
- c) Otro conjunto de disposiciones a través de las cuales se regulan materias, que no siendo estrictamente presupuestarias, sí que inciden en la política de gastos e ingresos del sector público.
- d) Y por último un conjunto de otras normas difícilmente encajables en la materia presupuestaria.

Parte de la doctrina venía criticando la tendencia a aprovechar la Ley de Presupuestos para la introducción de la normativa más variada. Así RODRIGUEZ BEREIJO las calificaba como “totum revolutum”. Su verdadera función debería ser únicamente la de dar validez al plan económico elaborado por el Gobierno, sobre cuya alteración el Parlamento posee importantes limitaciones. Así por ejemplo las enmiendas al Proyecto de Ley de presupuestos que supongan aumento de los créditos o disminución de

los ingresos presupuestarios requerirán la conformidad de la Xunta de Galicia para su tramitación.

Resultaba por tanto necesario distinguir entre normas presupuestarias strictu sensu y otro tipo de normas. La inclusión de las primeras en las leyes anuales de presupuestos parece lógica, y así lo entiende también el Tribunal Constitucional, que considera que junto al núcleo central de los estados de ingresos y gastos, también se pueden incluir (sentencia del Tribunal Constitucional 63/86 de 21 de mayo) “disposiciones relativas a materias no asimilables al estado de gastos e ingresos, pero de conveniente regulación conjunta por sus relación técnica e instrumental con el mismo a efectos de la orientación de la política económica”. Además el tribunal Constitucional resolvió en distintas sentencias (27/1981, 76/1992 y 195/1994) limitando el contenido de las leyes anuales de presupuestos.

*NOTA: Las referencias realizadas a lo largo del tema a la Consellería de Economía y Hacienda responden a la actual redacción del TRLRFPG. Sin embargo dada la actual estructura orgánica de la Xunta de Galicia deben entenderse realizadas a la Consellería de Hacienda.*

Almudena Chacón Pichel



# **3. MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS. CREDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.**

### **TEMA 3**

MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS. CREDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.

#### **1. MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS.**

Pese al carácter limitativo y vinculante de los créditos presupuestarios, las leyes que regulan el presupuesto admiten cierta flexibilidad en la ejecución en atención a las circunstancias cambiantes que pueden acontecer.

La flexibilidad puede producirse:

a) Por la posibilidad de establecer el **nivel de vinculación** de los créditos. Así en el artículo 56.2 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia aprobado por Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de octubre (en adelante TRLRFPG) se establece la regla general de vinculación, de forma que los créditos tienen carácter limitativo y vinculante a nivel de concepto.

Sin embargo, los créditos destinados a gastos de personal (capítulo I), excepto los que se refieren a incentivos al rendimiento, y los gastos en bienes corrientes y servicios (capítulo II) tendrán carácter vinculante a nivel de artículo.

En todo caso tendrán carácter vinculante, con el nivel de desglose económico con el que aparezcan en los estados de gastos, los créditos destinados a atenciones protocolarias y representativas y los declarados ampliables conforme al artículo 64 de esta Ley.

Además, para el año 2011, en el artículo 7 de la Ley 14/2010, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se establece para ese año la vinculación al nivel siguiente:

- 120.20, «Substituciones de personal no docente».
- 120.21, «Substituciones de personal docente».
- 120.22, «Regularización de la parte proporcional de las vacaciones de los sustitutos docentes».
- 120.24, «Acumulaciones de tareas de personal funcionario no docente».
- 121.07, «Sexenios».
- 130.02, «Complemento de peligrosidad, penosidad y toxicidad».
- 131, «Personal laboral temporal».
- 131.24, «Acumulaciones de tareas de personal laboral temporal».
- 132, «Personal laboral temporal (profesorado de religión)».
- 133, «Personal laboral indefinido».
- 136, «Personal investigador en formación».
- 220.03, «*Diario Oficial de Galicia*».
- 226.01, «Atenciones protocolarias e representativas».
- 226.02, «Publicidad y propaganda».
- 226.06, «Reuniones, conferencias e cursos».
- 226.13, «Gastos de funcionamiento de tribunales de oposiciones y de pruebas selectivas».
- 227.06, «Estudios y trabajos técnicos».
- 228, «Gastos de funcionamiento de centros y servicios sociales».
- 229, «Gastos de funcionamiento de centros docentes no universitarios».

La misma consideración tendrán los créditos correspondientes a la aplicación 12.06.312E.227.65, «Servicio Gallego de Apoyo a la Movilidad Personal», y las diferentes aplicaciones del capítulo VI correspondientes a mandatos a la *Sociedad Pública de Inversiones de Galicia, S.A.*

Los conceptos 480, «Transferencias corrientes a familias», y 481, «Transferencias corrientes a instituciones sin fin de lucro», por una parte, y los conceptos 780, «Transferencias de capital a familias», y 781, «Transferencias de capital a instituciones sin fin de lucro», por otra, serán vinculantes entre si. La misma consideración tendrán los créditos de los subconceptos 221.07, «Comedores escolares», y 223.08, «Transporte escolar», que vincularán entre ellos.

b) Por la posibilidad de autorizar **modificaciones presupuestarias**. La normativa aplicable en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia es la siguiente:

- Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia aprobado por Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de octubre.
- Ley 14/2010, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
- Orden de la Consellería de Economía y Hacienda de 3 de enero de 1989 sobre tramitación de expedientes de modificación presupuestaria.

Además todo acuerdo de modificación presupuestaria deberá indicar expresamente, además de la sección o ente público a que se refiera, el programa, servicio u organismo autónomo, artículo, concepto y subconcepto, en su caso, afectados por la misma, incluso en aquellos casos en los que el crédito se consigne o sea vinculante a nivel de artículo.

La correspondiente propuesta de modificación presupuestaria deberá expresar ineludiblemente la incidencia de la misma en la consecución de los objetivos previstos, así como las razones que la justifican.

Las modificaciones presupuestarias son las siguientes:

- Créditos extraordinarios y suplementos de crédito (artículo 62 TRLRFPG)
- Ampliaciones de crédito (artículo 64 TRLRFPG)
- Transferencias de crédito (artículo 68 TRLRFPG)
- Generaciones de crédito (artículo 69 TRLRFPG)
- Reposición (artículo 70 TRLRFPG)
- Incorporaciones de crédito (artículo 71 TRLRFPG)

Con respecto a la competencia para autorizar las modificaciones presupuestarias éstas se regulan en los artículos 65, 66 y 67 del TRLRFPG así como en las leyes anuales de presupuestos. Dichas competencias se analizarán en el momento de estudiar las respectivas modificaciones presupuestarias. No obstante, en el artículo 66 del TRLRFPG se regula tanto la facultad de la consellería de economía y hacienda para resolver aquellos expedientes de modificaciones presupuestarias, en los supuestos en los que éstos estén atribuidos a los titulares de las distintas consellerías y exista discrepancia en la consellería respectiva con el informe de la intervención delegada como la facultad para introducir en los estados de gastos las modificaciones precisas para adecuar los créditos afectados por transferencias finalistas procedentes de los presupuestos generales de la Administración del Estado y de las Comunidades Europeas, y los demás recursos de igual carácter y procedencia. Esta autorización implicará el aumento o la disminución de las consignaciones previstas, así como la incorporación o creación de los correspondientes conceptos presupuestarios si así procede.

## **2. CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO.**

De acuerdo con el artículo 62 del TRLRPG cuando deba realizarse algún gasto con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma

que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista crédito en los estados de gastos, o sea insuficiente y no ampliable el consignado, el conselleiro de Economía y Hacienda, previo informe de la dirección general competente en materia de presupuestos, someterá al acuerdo de la Xunta, para su remisión al Parlamento, un proyecto de ley de concesión de un crédito extraordinario en el primer caso o de un suplemento de crédito en el segundo, en el que se especificarán necesariamente los recursos con que se financiará el gasto que por estas causas se genera, y el detalle del concepto presupuestario que se debe crear o que es suplementado.

No obstante, si la necesidad de crédito extraordinario o de suplemento de crédito se produce en un organismo autónomo y los mismos no suponen aumento en los créditos del presupuesto de la Comunidad Autónoma, se observarán las siguientes normas:

- a) Su concesión será facultad del conselleiro de Economía y Hacienda si su importe no excede del 5% del presupuesto de gastos del organismo autónomo correspondiente, y de la Xunta de Galicia cuando, superando dicho porcentaje, no sobrepase el 10% del citado presupuesto de gastos. Dichos porcentajes se aplicarán de forma conjunta y acumulada para ambas clases de modificaciones de crédito y a lo largo del mismo ejercicio presupuestario.
- b) En el expediente de modificación presupuestaria emitirá informe la consellería a la que esté adscrito el organismo autónomo que lo promueva, justificando debidamente la necesidad y urgencia del gasto y proponiendo los recursos con que se financiará el incremento que se propone.
- c) La Xunta de Galicia dará cuenta trimestralmente al Parlamento de Galicia de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito concedidos al amparo de lo previsto en el apartado a) anterior.

El artículo 63 del TRLRFPG regula los **anticipos de tesorería** de forma que la Xunta de Galicia, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, podrá excepcionalmente conceder anticipos de Tesorería para atender gastos inaplazables, hasta un límite del 2% de los créditos autorizados por la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad, en los siguientes casos:

- a) Cuando, dentro de la tramitación del expediente de crédito extraordinario o suplemento de crédito, recayese acuerdo favorable de la Xunta para remitirle al Parlamento el correspondiente proyecto de ley.
- b) Cuando se promulgue una ley en la que se establezcan obligaciones para cuyo cumplimiento sea precisa la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito.
- c) Si el Parlamento de Galicia no aprobase el proyecto de ley de concesión de crédito extraordinario o del suplemento de crédito, el importe del anticipo de Tesorería será cancelado mediante minoración en los créditos que ocasionen menor trastorno en los servicios públicos de la respectiva consellería u organismo autónomo.

### **3. CRÉDITOS AMPLIABLES (Artículo 64 del TRLRFPG).**

De conformidad con el artículo 66 g) del TRLRFPG le corresponde a la Conselleira de Facenda la autorización de las ampliaciones de crédito cuando éstos tengan tal carácter por disposición de ley.

El artículo 64 enumera que créditos tienen excepcionalmente la condición de créditos ampliables:

- a) Aquellos que se especifiquen de manera singular en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma y con las condiciones que en la misma se determinen.
- b) Los que se destinen a cubrir los gastos de los servicios traspasados por la Administración del Estado, cuando sean ampliadas las transferencias en las respectivas materias y por el importe del coste efectivo de todas las ampliaciones, mientras éste no se integre en la base de cálculo para obtener el porcentaje de la participación en los ingresos del Estado.
- c) Las cuotas de Seguridad Social y la prestación familiar, así como las aportaciones que, en su caso, le corresponda efectuar a la Comunidad Autónoma al régimen de previsión social de sus funcionarios.
- d) Los que se destinen al pago de intereses, amortizaciones del principal y gastos derivados de la deuda pública emitida por la Comunidad Autónoma o a operaciones de crédito concertadas por ella.
- e) Los créditos destinados a la cobertura de necesidades de todo orden motivadas por siniestros, catástrofes u otros de reconocida urgencia, correspondientes a gastos en bienes corrientes y de servicios.



f) Los destinados al pago de productos farmacéuticos procedentes de recetas médicas.

g) Los créditos cuya ejecución corresponda a una consellería y que su cuantía se module por la aportación de otras consellerías u organismos autónomos, previa retención del crédito correspondiente en los estados de gasto afectados. A estos créditos no les serán aplicables las limitaciones a que se refiere el artículo 68 de esta Ley.

En todo caso, el expediente de ampliación de créditos deberá establecer la fuente de financiación de dicha ampliación, distinguiendo si el mismo se financia con retenciones en otros créditos, con mayores recursos que se vayan a obtener, con remanente de Tesorería, con endeudamiento dentro de los límites autorizados o con otras formas de financiación que no entrañen déficit presupuestario.

Anualmente las leyes de presupuestos establecen otros supuestos de créditos con la condición de ampliables. Así la Ley de presupuestos para el año 2011 ha establecido en su artículo 8 que tendrán excepcionalmente condición de ampliables, entre otros, los créditos siguientes:

a) Los destinados al pago de los premios de cobranza autorizados por la recaudación de tributos e demás ingresos de derecho público.

b) Los destinados a satisfacer las cantidades que deben percibir las personas titulares de oficinas liquidadoras de los distritos hipotecarios.

c) Las obligaciones contraídas en el exterior y que deban ser pagadas en divisas de cambio variable, por la diferencia existente entre el tipo de cambio previsto y su importe real en el momento del pago.

- d) Los destinados al pago de las obligaciones derivadas de intereses de operaciones de crédito avaladas por la comunidad autónoma.
- e) Los créditos de transferencias a favor de la comunidad autónoma que figuren en los presupuestos de gastos de los organismos autónomos y de las agencias públicas autonómicas hasta el importe de los remanentes de tesorería que resulten como consecuencia de su gestión.
- f) Los destinados al pago de prestaciones familiares, por hijos menores de tres años a su cargo, a personas que no están obligadas a presentar declaración por el impuesto sobre la renta de las personas físicas.
- g) Los destinados al pago de la liquidación de ejercicios anteriores que corresponde al Fondo de Cooperación Local.
- h) Los créditos vinculantes incluidos en las aplicaciones 120.20, «Sustituciones de personal no docente», 120.21, «Sustituciones de personal docente», y 120.22, «Regularización de la parte proporcional de las vacaciones de los sustitutos docentes», que se considerarán ampliables únicamente con retenciones en otros créditos del capítulo I de la propia sección presupuestaria o organismo autónomo.
- i) Los destinados al pago de ayudas directas a mujeres víctimas de malos tratos.
- j) Los destinados al Fondo de Garantía de Avals, ampliación que se financiara con bajas en las correspondientes al Instituto Gallego de Promoción Económica.

#### **4. TRANSFERENCIAS.**

A pesar de no estar definidas en el TRLRFPG podemos decir que es la modificación más habitual del presupuesto consistente en minorar uno o más créditos para incrementar uno u otros créditos. Por tanto no inciden en el gasto público ya que se trata de operaciones internas que no alteran el equilibrio presupuestario.

#### 4.1. COMPETENCIAS.

En primer lugar, el artículo 65 del TRLRFPG regula aquellas transferencias de crédito cuya autorización es competencia del **Consello de la Xunta de Galicia**, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, y a iniciativa de las consellerías correspondientes:

- a) Autorizar transferencias de créditos entre programas incluidos en distinto grupo de función, correspondientes a servicios u organismos autónomos de una misma consellería.
- b) Autorizar transferencias de créditos entre uno o varios programas incluidos en la misma función, correspondientes a servicios u organismos autónomos de diferentes consellerías.
- c) Autorizar transferencias de crédito entre programas incluidos en distintas funciones, correspondientes a servicios u organismos autónomos de diferentes consellerías, siempre que se trate de reorganizaciones administrativas o que se produzcan como consecuencia de la aplicación de los recursos procedentes del Fondo Europeo de Desarrollo Regional o del Fondo Social Europeo.
- d) Autorizar transferencias de créditos a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda de las dotaciones no utilizadas en los programas de las distintas secciones del presupuesto a los distintos conceptos del

programa de imprevistos y funciones no clasificadas, habilitando los créditos que sean necesarios para su posterior reasignación.

De cada una de las modificaciones autorizadas por el Consello de la Xunta se dará cuenta de modo singular, en el plazo máximo de treinta días, a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, con remisión de copia del correspondiente expediente.

En el artículo 66 del TRLRFPG se regulan las facultades de **la consellería de economía y hacienda**, de forma que corresponden al conselleiro de Economía y Hacienda, además de las competencias genéricas atribuidas a los titulares de las consellerías, las siguientes de carácter específico:

a) Autorizar transferencias de crédito entre uno o varios programas incluidos en la misma o distinta función, dentro del mismo grupo de funciones, correspondientes a servicios u organismos autónomos de una misma consellería, con la creación de nuevos conceptos presupuestarios, si ello fuese preciso.

b) Autorizar transferencias de créditos desde el programa de imprevistos y funciones no clasificadas a los conceptos y artículos de los demás programas de gasto, cualquiera que sea la función o sección a que corresponda.

La consellería o el organismo autónomo que solicite la transferencia deberá justificar la imposibilidad de atender las insuficiencias mediante reajuste de sus créditos. A tal efecto deberá procederse a una revisión de conjunto de los oportunos programas de gasto, poniendo de manifiesto las desviaciones que en la consecución de los objetivos previstos motivaría la modificación presupuestaria propuesta.

Por último, el artículo 67 regula las facultades de **los conselleiros** en materia de modificaciones presupuestarias, de forma que los titulares de las consellerías podrán autorizar, previo informe de la intervención delegada correspondiente, las transferencias de créditos entre diferentes conceptos del Capítulo II, de un mismo programa, correspondientes a un mismo o diferente servicio u organismo autónomo dependiente de la consellería, siempre que no afecten a créditos de atenciones protocolarias o representativas, ni supongan desviación en la consecución de los objetivos previstos para el programa respectivo.

En todo caso, una vez autorizadas las modificaciones presupuestarias, se remitirán a la dirección general competente en materia de presupuestos de la Consellería de Economía y Hacienda, para instrumentar su ejecución.

#### 4.2. LIMITACIONES

Para las transferencias de crédito se establecen tanto en el artículo 68 del TRLRFPG como en el artículo 9 de la ley de Presupuestos para el año 2011 una serie de limitaciones que pasamos a analizar a continuación.

Sin embargo conviene resaltar que el artículo 68.3 establece como estas limitaciones no afectarán a las transferencias de créditos que se refieran al programa de imprevistos y funciones no clasificadas o realizadas al amparo del artículo 60.2 de la presente Ley, ni serán de aplicación cuando se trate de créditos modificados a consecuencia de reorganizaciones administrativas, de acuerdos de transferencias de servicios o que amparen gastos financiados exclusivamente o cofinanciados con transferencias finalistas del Estado o con fondos de la Unión Europea.

Las limitaciones establecidas en el artículo 68 son la siguientes:

1. No afectarán a los créditos ampliables ni a los extraordinarios concedidos durante el ejercicio.
2. No podrán minorarse los créditos incorporados como consecuencia de remanentes de ejercicios anteriores ni los que fuesen incrementados con suplementos o transferencias, salvo cuando afecten a créditos de personal.
3. No podrán incrementarse créditos que como consecuencia de otras transferencias fuesen objeto de minoración, salvo cuando afecten a crédito de personal.

Por otra parte para el año 2011 el artículo 9 de la ley de Presupuestos para ese año dispone una serie de limitaciones, entre las que podemos destacar por su mayor relevancia las siguientes:

1. No podrán tramitarse expedientes de transferencias de crédito que se refieran a los capítulos VI e VII cuando de ellas derive incremento del gasto corriente.

Esa restricción no será aplicable:

- a) Cando se destinen a la atención de gastos extraordinarios derivados de catástrofes, siniestros u otras situaciones de naturaleza análoga y carácter excepcional después de la declaración por el Consello de la Xunta de la situación excepcional, catastrófica o de análoga naturaleza.
- b) A los incrementos del capítulo I que, si es el caso, puedan originarse por el desarrollo de procesos de regularización derivados de acuerdos sobre materias de función pública suscritos entre la Xunta de Galicia y las organizaciones sindicales.

c) A los incrementos del capítulo I derivados del cumplimiento de sentencias judiciales firmes o autos de obligada ejecución.

d) Excepcionalmente, cuando las características de las actuaciones que deban ejecutarse para el cumplimiento de la finalidad del programa presupuestario previsto exijan la adecuación de la naturaleza económica del gasto.

2. No se podrán tramitar transferencias de crédito desde los capítulos I y VIII a los restantes capítulos del presupuesto.

3. El importe máximo de las transferencias de crédito que se autoricen para cada consellería durante este ejercicio no podrá disminuir las consignaciones iniciales, al nivel de vinculación legalmente establecido, en más de un 20%.

Lo indicado en el párrafo anterior no será aplicable en los siguientes casos:

a) Cuando tengan por objeto incrementar conceptos del capítulo I de gastos.

b) Cando se refieran a la sección 23, «Gastos de diversas consellerías».

c) Cando se refieran al centro de gestión 5001 del Servizo Galego de Saúde.

d) Cando se refieran a fondos propios que pasen a cofinanciar proyectos con fondos europeos.

- e) Cando se refieran a los créditos consignados en el concepto 500, «Fondo de contingencia de la Lei 5/2002», del presupuesto de gastos del Servizo Galego de Saúde.
- f) Cando se refieran a ayudas o subvenciones, en el caso de que la orden de convocatoria por la que se regula su concesión asigne el gasto a diversas aplicaciones presupuestarias y no sea posible determinar previamente la cuantía imputable a cada una de ellas.
- g) Las que se refieren a los artículos 43 y 73 de la clasificación económica del gasto.
- h) Cuando se realicen entre créditos de los capítulos VI y VII del estado de gastos.
- i) Cuando tengan por objeto atender gastos extraordinarios derivados de catástrofes, siniestros u otras actuaciones de naturaleza análoga y carácter excepcional.
- j) Cuando tengan por objeto adecuar la naturaleza económica de los créditos necesarios para el mantenimiento de los centros de salud de titularidad municipal, en la medida en que se produzca la transferencia de su titularidad al Servizo Galego de Saúde.
- k) Cuando tengan por objeto adecuar la naturaleza económica de los créditos de un programa presupuestario que permita el cumplimiento de su finalidad.

#### 4.3. TRANSFERENCIA DE REMANENTES LÍQUIDOS DE TESORERÍA

El artículo 11 de la Ley de presupuestos para el año 2011 establece como los organismos autónomos, las agencias públicas y las entidades de



derecho público con personalidad jurídica propia que adecúen su actividad al derecho privado, le transferirán al presupuesto de la Administración general de la comunidad autónoma el importe del remanente de tesorería no afectado resultante de la liquidación del anterior ejercicio presupuestario.

La Consellería de Hacienda podrá generar crédito con este importe en el programa 621B, «Imprevistos y funciones no clasificadas», una vez analizada su repercusión en términos de contabilidad nacional.

No obstante, y con la finalidad de evitar que se produzcan estos remanentes, la Consellería de Hacienda les podrá limitar los libramientos de fondos a estas entidades en función de su nivel de ejecución presupuestaria.

## **5. GENERACIÓN DE CRÉDITOS (Artículo 69 del TRLRFPG).**

Las generaciones son, junto con las transferencias de crédito, las únicas modificaciones presupuestarias que no alteran el equilibrio presupuestario puesto que únicamente se podrá generar si con anterioridad se ha producido un ingreso.

De conformidad con el artículo 66 f) del TRLRFPG le corresponde a la Conselleira de Facenda la competencia para autorizar las generaciones de crédito previstas en el artículo 69.

Así el artículo 69 dispone como podrán generar crédito en los estados de gastos de los presupuestos los ingresos efectivos, los derechos liquidados y los compromisos firmes de ingresos derivados de las siguientes operaciones:

- a) Aportaciones de otras administraciones públicas o de personas físicas o jurídicas para financiar gastos que por su naturaleza estén comprendidos en los fines u objetivos encomendados a la Comunidad Autónoma o a sus organismos autónomos.
- b) Enajenación de bienes de la Comunidad o de sus organismos autónomos.
- c) Prestación de servicios.
- d) Reembolso de los préstamos destinados a atenciones sociales y a la promoción y al fomento de la actividad económica y cultural de Galicia.
- e) Créditos del exterior para financiar inversiones públicas.

Las generaciones de crédito a que se hace referencia en el número anterior únicamente podrán realizarse por el exceso de ingresos sobre las cifras inicialmente presupuestadas, y cuando se deriven de operaciones incluidas en el apartado c) se destinarán únicamente a cubrir gastos de la misma naturaleza que los que se originaron por la prestación del servicio.

Las generaciones de crédito se efectuarán en el mismo ejercicio en que se ha producido el ingreso, salvo cuando tenga lugar en el último trimestre del año o cuando se trate de fondos procedentes de la Unión Europea o de la Administración central del Estado, casos en que podrá generarse crédito en el ejercicio siguiente, siempre que se justifique la imposibilidad de tener tramitada la generación en el mismo ejercicio en que se ha producido el ingreso. En este caso, el límite a que se refiere el punto anterior se entenderá referido al presupuesto de origen.

## **6. OTRAS MODIFICACIONES**

### **6.1 REPOSICIÓN DE CRÉDITOS (Artículo 70 del TRLRFPG).**

De conformidad con el artículo 66 del TRLRFPG le corresponde a la Conselleira de Facenda la competencia para autorizar las reposiciones de crédito prevista en el artículos 70.

Los ingresos derivados del reintegro de pagos indebidos con cargo a créditos presupuestarios podrán reponer estos últimos en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

### **6.2. INCORPORACIONES DE CRÉDITO (Artículo 71 del TRLRFPG).**

De conformidad con el artículo 66 e) del TRLRFPG la competencia para autorizar las incorporaciones de crédito previstas en el artículo 71 es de la Conselleira de Economía y Hacienda.

El artículo 59 del TRLRFPG establece la regla general de la anulación de créditos, de forma que los créditos destinados a atender gastos que en el último día del ejercicio presupuestario no estén afectados al cumplimiento de obligaciones reconocidas quedarán anulados de pleno derecho, salvo las excepciones contempladas en el artículo 71 de la presente Ley.

Y es precisamente el artículo 71 el que regula las incorporaciones de crédito permitiendo la incorporación a los estados de gastos del presupuesto correspondiente al ejercicio inmediato siguiente en los siguientes supuestos:

a) Los créditos extraordinarios y los suplementos de crédito, así como las transferencias de crédito, que se concediesen o autorizasen, respectivamente, en el último mes del ejercicio presupuestario y que, por causas justificadas, no pudiesen ser utilizados durante el mismo.

b) Los créditos que contemplen compromisos de gastos anteriores al último mes del ejercicio presupuestario y que no pudiesen ejecutarse al final del ejercicio económico por causas justificadas.

Será preciso que tales compromisos de gastos alcanzasen la fase de disposición en contabilidad antes del último mes del ejercicio.

c) Los créditos destinados a operaciones de capital.

d) Los créditos autorizados en función de la efectiva recaudación de derechos afectados a los mismos.

e) Los créditos generados por las operaciones enumeradas en el artículo 69 de la presente Ley.

Por otra parte los remanentes incorporados según lo previsto anteriormente únicamente podrán ser aplicados dentro del ejercicio presupuestario en el que la incorporación se acuerde, a excepción de los que correspondan a créditos financiados por el Fondo de Compensación Interterritorial o por fondos o subvenciones finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras administraciones públicas, que podrán ser incorporados en tanto persista el derecho a la percepción del ingreso que los financia.

Los créditos correspondientes a financiación condicionada serán incorporables de acuerdo con la normativa que les sea aplicable en cada caso. De no existir ésta, se regirán por las normas de la presente Ley.

El conselleiro de Economía y Hacienda podrá acordar, con carácter general, la incorporación automática al ejercicio siguiente de los créditos a que se refiere el apartado d) anterior.

### 6.3. GASTOS PLURIANUALES (Artículo 58 DEL TRLRFPG).

No obstante el carácter anual del presupuesto, en el artículo 58 del TRLRFPG se permite que se puedan adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual, aunque su ejecución haya de iniciarse en el ejercicio siguiente, cuando su contenido coincida con los que a continuación se especifican:

a) Inversiones y transferencias de capital.

b) Transferencias corrientes derivadas de normas con rango de ley, o que se concediesen a través de convocatorias o firma de convenios, previa autorización del compromiso plurianual por parte del Consello de la Xunta.

c) Gastos en bienes y servicios cuya contratación bajo las modalidades establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público no pudiera ser estipulada o resultase antieconómica por plazo que comprenda un solo ejercicio presupuestario.

d) Arrendamientos de bienes inmuebles que vayan a ser utilizados por organismos o servicios de la Comunidad Autónoma.

e) Cargas financieras derivadas de operaciones de endeudamiento de la Comunidad o de sus organismos autónomos.

f) Activos financieros.

g) Convenios con universidades y otras instituciones o centros docentes cuando aquellos hayan de ejecutarse durante cursos académicos coincidentes con dos ejercicios presupuestarios.

La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará a los créditos que para cada ejercicio se consignen en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a las **limitaciones** para adquirir estos compromisos de carácter plurianual existen las siguientes:

1.- El número de ejercicios a los que pueden aplicarse los gastos incluidos en las letras a), b), c), f) y g) no podrá ser superior a cuatro.

2.- El gasto que en estos casos se comprometiese con cargo a ejercicios futuros no podrá exceder del resultado de aplicar al crédito inicial, a nivel de concepto, los siguientes porcentajes:

- En el ejercicio inmediato siguiente el 70%.

- En el segundo ejercicio el 60%.
- En los ejercicios tercero y cuarto el 50%.

3.- El gasto tampoco podrá ser inferior al 10% del importe total del expediente de gasto, en ninguno de los años a los que se extienda su ejecución material, salvo, en su caso, en el último ejercicio.

El total de los importes comprometidos con cargo a ejercicios futuros en el conjunto de los conceptos que definen un nivel de vinculación no podrá sobrepasar los porcentajes arriba indicados, calculados sobre el crédito inicial de ese conjunto de conceptos.

#### **Supuestos especiales de gastos plurianuales:**

- En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10% del importe de adjudicación, en el momento en que la misma se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.
- También podrá ser diferido el pago del precio de compra de las adquisiciones de bienes inmuebles cuando el importe exceda de 350 millones de pesetas, sin que en ningún caso el desembolso inicial a la firma de la escritura pueda ser inferior al 30% del precio, pudiendo distribuirse libremente el resto hasta en cuatro anualidades sucesivas a los respectivos vencimientos dentro de las limitaciones del punto anterior.

- Para aquellos programas y proyectos de gastos de capital que se especifiquen en las leyes de presupuestos, podrán adquirirse compromisos de gastos que tengan que extenderse a ejercicios futuros hasta el importe que para cada una de las anualidades se determine.

### **Modificación de los límites:**

El Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, podrá modificar los porcentajes señalados anteriormente así como modificar el número de anualidades en casos especialmente justificados, a petición de la correspondiente consellería y previos los informes que se estimen oportunos, y, en todo caso, el de la dirección general competente en materia de presupuestos.

Este procedimiento será igualmente de aplicación en el caso de los contratos de obras que se efectúen bajo la modalidad de abono total de los mismos, según lo previsto en el artículo 99.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, bien se pacte el abono total del precio de una sola vez o se fraccione en distintas anualidades, que no podrán ser superiores a diez desde la fecha fijada para la conclusión de las obras.

Los compromisos de gastos de carácter plurianual a que hace referencia el presente artículo serán adecuadamente contabilizados de forma independiente.



*NOTA: Las referencias realizadas a lo largo del tema a la Consellería de Economía y Hacienda responden a la actual redacción del TRLRFPG. Sin embargo dada la actual estructura orgánica de la Xunta de Galicia deben entenderse realizadas a la Consellería de Hacienda.*

Almudena Chacón Pichel



## **4. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA. FASES**

## **TEMA 4: EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA. FASES**

### **1. El procedimiento de ejecución presupuestaria**

- El concepto de ejecución presupuestaria
- El concepto de gasto público
- El acto administrativo de gasto
- Los Principios de la actividad financiera

### **2. Fases**

- La aprobación del gasto
- Compromiso de gasto
- Reconocimiento de obligaciones y propuesta de pago
- La ordenación del pago
- La contabilidad de la ejecución presupuestaria
- Algunas especialidades en el procedimiento de ejecución presupuestaria.

## **1. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA.**

La expresión “procedimiento de ejecución presupuestaria” implica partir del análisis de la misma como manifestación de una de las facultades que tiene la Administración pública autonómica: la de realizar actos con contenido económico.

Esta actividad de la administración autonómica se plasma con carácter previo al inicio de cada ejercicio presupuestario en la elaboración de los presupuestos, tal y como fueron definidos en los temas anteriores.

El artículo 53 del Estatuto de Autonomía de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, en adelante EAG) establece que “1. Corresponde a la Xunta o Gobierno la elaboración y aplicación del presupuesto de la Comunidad Autónoma gallega, y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control. El presupuesto será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos de la Comunidad Autónoma gallega y de los organismos, instituciones y empresas de ella dependientes”. Partiendo de la condición de mero estimativo de los datos de ingresos que se consignan en los presupuestos el concepto de ejecución presupuestaria debe entenderse referido fundamentalmente a la ejecución presupuestaria del gasto público.

Debemos en primer lugar por tanto definir el concepto de gasto público. Podemos definir el gasto público como la aplicación por parte de las Administraciones Públicas de sus recursos financieros, destinándolos a financiar el desarrollo de las actividades que les son propias y, en general, el cumplimiento de los fines que constitucionalmente tienen asignados.

Más en concreto, desde el punto de vista del derecho administrativo, el acto administrativo de gasto no constituye una categoría particular al margen o en contraposición a la del acto administrativo general. La

especialidad de estos actos reside en el órgano del que emanan, un órgano de la Administración financiera, y en el fin al que se orientan, la realización de un gasto público.

Se darán por tanto en el acto administrativo de gasto los mismos elementos que en un acto administrativo “genérico”:

- Subjetivo: emana de un órgano de la Administración que tenga atribuida legalmente la competencia (por ejemplo, la competencia para firmar en nombre de la Xunta un contrato y comprometer a la Hacienda Pública gallega en la normativa gallega está atribuida con carácter general por la Ley 1/1983 de la Xunta y su presidente, en su artículo 34.10, a los titulares de las distintas consellerías).
- Objetivo: todo acto administrativo de gasto ha de ser posible, lícito y determinado (o determinable).
- Causal: fin que el órgano administrativo ha perseguido con su actuación.
- Formal: que comprende dos requisitos, el procedimiento tal y como con carácter general señalan el artículo 105 de la Constitución española y artículo 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante ley 30/1992) y la motivación, tal y como exige el artículo 54 de la 30/1992.

Analizado el concepto de gasto público, el procedimiento de ejecución presupuestaria del gasto público remite a una consideración preliminar: la actuación de un sujeto peculiar como es la Administración Pública, que debe producirse ligada a un marco normativo del que se deriva un procedimiento concreto (así el artículo 133.4 de la CE señala que “Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo a las Leyes”). La aplicación de una serie de recursos económicos para la realización de su actuación debe llevarse a cabo

siguiendo unos pasos determinados que llevan aparejados una serie de controles específicos, consecuencia en última instancia del principio de legalidad de la actuación administrativa establecido en el artículo 103 de la Constitución Española (CE). Es una manifestación, por tanto, del procedimiento administrativo.

Por otra parte, este procedimiento responde a un momento concreto del ciclo presupuestario ya estudiado y como hemos señalado es consecuencia de la misma existencia de un Presupuesto. A lo largo de un año se produce la elaboración de los Presupuestos que culmina con su aprobación por parte del Parlamento Gallego tal y como señala el artículo 53.1 del EAG.

El Presupuesto guiará la actuación del año siguiente de la Administración dentro de un escenario plurianual tal y como señala el artículo 46.2 del TRLRFO. .

Se ha afirmado también que el procedimiento de ejecución presupuestaria es consecuencia de la existencia de un presupuesto porque, si bien, como también se ha señalado, los ingresos recogidos en él son una previsión, en el caso de los gastos, tiene un carácter limitativo (así lo señala el artículo 56.2 del TRLRFOG “Los créditos autorizados en los programas de gastos tienen carácter limitativo y vinculante a nivel de concepto.”). Por ello, como señala la doctrina, este procedimiento se orienta a “garantizar la legalidad financiera de los actos administrativos de gasto, tanto en interés de la Hacienda Pública como del particular que se relaciona con la Administración, que, en caso de inexistencia de cobertura presupuestaria, se vería imposibilitado de cobrar sus créditos”.

Sin embargo en la relación entre la Administración y los terceros que conlleva el procedimiento de ejecución presupuestaria no nos encontramos ante una relación “entre iguales”. La Administración goza de una serie de

prerrogativas que se manifiestan en tres fundamentalmente:

1. el carácter inembargable que tiene el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia lo cual invalida la garantía que el Código Civil reconoce acreedor civil frente al deudor particular. Así lo recoge el artículo 25 del TRLRFO al señalar que “1. Los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas no podrán despachar ni dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra los derechos, fondos, valores y demás bienes de la Hacienda de la Comunidad”.
2. Las obligaciones de la Administración sólo resultarán exigibles en la medida en que exista una consignación presupuestaria.
3. El denominado “principio de servicio cumplido o de prestación hecha”, que prohíbe a la Administración satisfacer su obligación si previamente el particular no ha cumplido o garantizado plenamente la suya. Así lo recoge el artículo 24.3 del TRLRFO “Cuando dichas obligaciones tengan por causa prestaciones o servicios a la Administración de la Comunidad, el pago no podrá realizarse mientras el acreedor no cumpla o garantice, conforme a la Ley, su respectiva obligación”.

Frente a estos “privilegios” o prerrogativas, ¿cuál es la posición jurídica del acreedor de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia que resulte afectado por el procedimiento de ejecución presupuestaria? Algunos autores de forma simplemente enumerativa señala que los derechos atribuidos al acreedor de la Comunidad Autónoma de Galicia serían:

1. Derecho al reconocimiento o liquidación de obligaciones por parte de la Hacienda pública, tal y como recoge el TRLRFO al regular la prescripción y sus plazos en el apartado primero del artículo 27.
2. Derecho a intimar por escrito el cumplimiento de la obligación. El artículo 26 del TRLRFO recoge este derecho al fijar que “Si el pago de

las obligaciones de la Comunidad no se le hiciese efectivo al acreedor en el plazo de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la propia obligación, éste tendrá derecho al abono de los correspondientes intereses de demora sobre la cantidad debida al tipo establecido en el apartado 2 del artículo 21, siempre que reclame por escrito el cumplimiento de la obligación”.

3. Derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas. El apartado segundo del artículo 27 señala que “2. La petición por escrito del reconocimiento o del cumplimiento de la obligación, o de la efectividad de su pago, por parte de los acreedores legítimos, o de los que se subroguen en sus derechos, mediante la presentación de los documentos justificativos de su derecho, interrumpirá la prescripción, según lo dispuesto en el Código Civil, salvo lo establecido en Leyes especiales”.
4. Derecho a entablar reclamaciones económico-administrativas.
5. Derecho a ser notificado de los actos del procedimiento administrativo de gasto. Este derecho se recoge implícitamente en el artículo 27.1.b) del TRLRFO (“El derecho a exigir el pago de las obligaciones reconocidas o liquidadas. El plazo se contará desde la fecha de notificación del reconocimiento o de la liquidación de la respectiva obligación).

Debemos por último señalar en este epígrafe una serie de principios específicos que resultan aplicables a la actividad financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia. El artículo 4 del TRLRFO bajo la rúbrica de “Principios presupuestarios y control” señala que:

“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”.



Estos principios específicos son:

- Principio de anualidad presupuestaria
- Principio de universalidad
- Principio de unidad de caja
- Principio de control
- Principio de contabilidad

Estos principios condicionarán el procedimiento de ejecución presupuestaria junto con los principios generales administrativos analizados al principio de este tema. Por ello exigen un breve análisis.

El Principio de anualidad presupuestaria se recoge en el artículo 47 del TRLRFO que señala que “El ejercicio presupuestario coincidirá con el año natural y a él se imputarán:

- a) Los derechos liquidados en el transcurso del mismo, cualquiera que sea el periodo al que correspondan.
- b) Las obligaciones reconocidas hasta el 31 de diciembre del correspondiente ejercicio, como consecuencia de adquisiciones, obras, suministros, prestaciones de servicios u otro tipo de gastos realizados con cargo a los créditos respectivos dentro del correspondiente año natural, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 2 del artículo 60”.

El principio de universalidad significa que todos los ingresos previstos y gastos que vayan a ser reconocidos durante el ejercicio han de figurar en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin que pueda existir previa compensación entre ellos. Sin embargo, el incumplimiento de este mandato viene propiciado por la norma misma, ya que se permite la

existencia de modificaciones de crédito (Capítulo II del Título III de TRLRFO), a partir de las cuales se podrán autorizar gastos cuyas partidas no habían sido previstas.

El principio de unidad de caja supone la centralización de todos los fondos y valores en el Tesoro Público, de tal forma que la tesorería estará formada por todos los recursos (dinero, valores, crédito y demás procedentes del endeudamiento) tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Se recoge en el artículo 88 del TRLRFO, en particular en su letra b), al señalar que “son funciones propias de la Tesorería:

- a. La gestión recaudatoria de los recursos y el pago de las obligaciones de la Comunidad y de sus organismos autónomos.
- b. Instrumentar y servir al principio de unidad de caja, mediante la centralización de todos los fondos y valores generados por operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias.
- c. Distribuir en el tiempo y en el territorio las disponibilidades dinerarias para la satisfacción puntual de las obligaciones de la Comunidad.
- d. Velar por la obtención de la adecuada rentabilidad de los recursos disponibles de la Comunidad sin menoscabo de los fines propios de la Tesorería.
- e. Responder de los avales contraídos por la Comunidad conforme a las disposiciones de esta Ley.
- f. Las demás funciones que se deriven o relacionen con las anteriores enumeradas”.

En cuarto lugar, si bien el artículo 4 del TRLRFO sólo nombra el control interno, el principio de control se desdobra en dos: control interno y control externo.

El control externo aparece recogido en el artículo 136 de la CE al señalar que “1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado”. Estas competencias las atribuye el artículo 53.2 del EAG al Consello de Contas al señalar 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”.

El control interno, en su triple vertiente de control de legalidad, presupuestario y de eficacia y eficiencia, está encomendado en la Comunidad Autónoma de Galicia a la Intervención General y sus unidades dependientes. Así lo establece como principio el artículo 4.3 del TRLRFO al señalar que “*La Intervención General de la Comunidad Autónoma será el órgano encargado de la ejecución de las funciones de control interno y de contabilidad reguladas en la presente Ley*”. Esta competencia se desarrolla en los artículos 93 y siguientes del TRLRFO.

Este principio será objeto de análisis pormenorizado en el tema 56 “El control presupuestario. EL concepto. Naturaleza y ámbito de aplicación. Clases. El Consejo de Cuentas”.

Por último, el principio de contabilidad es la consecuencia obligada de la ejecución presupuestaria, tanto para reflejar toda clase de operaciones y

resultados de la actividad de la Hacienda Pública como para facilitar datos e información necesarios para el desarrollo de las funciones de la Comunidad Autónoma. Tal y como hemos señalado para el anterior principio, la competencia para la “llevarza” de la contabilidad en la Comunidad Autónoma de Galicia está atribuida a la Intervención General. En consonancia con lo anterior, el artículo 1 del TRLRFO afirma que constituye unha materia propia de la Hacienda pública de Galicia “el sistema de contabilidad a que debe someterse a la actuación económica de los órganos competentes del sector público gallego”.

## **2. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA.**

Una vez analizados los conceptos y principios básicos del procedimiento de ejecución presupuestaria, es necesario analizar sus fases y trámites necesarios.

En el ámbito estatal, el procedimiento ordinario de la gestión de los gastos, según el artículo 73 LGP remite a las siguientes fases:

- La Ordenación del gasto, que incluye la aprobación del gasto, compromiso de gasto y reconocimiento de la obligación.
- La Ordenación del pago y el Pago material.

Cada una de estas fases tiene su reflejo en unos documentos contables, ya que todo hecho susceptible de producir el nacimiento, modificación o cancelación de obligaciones tiene que estar soportado en un documento que pueda justificar fehacientemente la realización del hecho, así como la anotación contable a que da lugar.

Se encuentran regulados en la Instrucción de Operatoria Contable (IOC) y, más específicamente, en la "Orden de 1 de febrero de 1996 por la que se

aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado". Esta norma los define como *"aquellos que sirven de soporte a las anotaciones contables que se realicen como consecuencia de operaciones de gestión de créditos presupuestarios y de ejecución del Presupuesto de Gastos"*.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, el sistema contable recogido en el TRLRFO como una de las materias propias de la Hacienda Pública, ha sido desarrollado por una Orden de la Consellería de Economía e Facenda de diciembre de 1989 (DOG nº 238, de 14 de diciembre de 1989). Los objetivos fundamentales del sistema de información contable se recogen en su artículo 4, que señala como objetivos:

- a) Implantación del Plan General de Contabilidad Pública según su adaptación a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sustituyendo los tradicionales métodos contables vigentes, por otro en el que queden integradas las contabilidades financiera y presupuestaria, configurando un único sistema de información que posibilite el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo siguiente
- b) Aplicación de un sistema contable centralizado con obtención descentralizada de información.
- c) Simplificación de los procedimientos contable-administrativos, mediante la utilización de equipos de procesos de datos para el registro de las operaciones, de forma que, mediante el oportuno tratamiento informático de los datos correspondientes a dichas operaciones, se puedan obtener los estados y documentos necesarios para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley de gestión económica y financiera pública de Galicia.
- d) Garantizar la coherencia de la información obtenida mediante la comunicación y coordinación entre los distintos centros contables y la utilización de tratamientos homogéneos de la información.

En la actualidad este sistema contable se conoce por el acrónimo XUMCO-2, y la normativa contable está constituida básicamente por el Plan General de Contabilidad Pública de Galicia aprobado por Orden de la Consellería de Economía e Facenda de 28 de noviembre de 2001 (DOG nº 239, de 12 de diciembre de 2001).

Sin embargo las modificaciones introducidas por la Orden EHA 1037/2010, de 13 de abril (BOE nº 102, de 28 de abril de 2010), por la que se aprueba el nuevo Plan General de Contabilidad Pública obligarán a una adaptación de la normativa gallega.

La regulación de la documentación contable que continúa vigente en la actualidad se recoge en la medida en la que no se oponga a la normativa vigente en la Orden de la Consellería de Economía e Facenda de 26 de diciembre de 1986, que recoge la Instrucción provisional de la contabilidad del gasto público de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG nº 8, de 14 de enero de 1987).

El artículo 72 del TRLRFO señala que “Corresponde a los órganos estatutarios, salvo lo que establezcan otras Leyes aplicables, a los Consejeros y demás órganos de la Comunidad Autónoma que tuviesen dotaciones diferenciadas en sus estados de gastos autorizar los gastos referentes a los servicios a su cargo, excepto en los casos reservados por las Leyes a la competencia de la Junta de Galicia, así como autorizar los actos de disposición de créditos y de reconocimiento de obligaciones, y proponer al Consejero de Economía y Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos”.

Parte por tanto el artículo 72, aunque fuere de forma implícita de la tradicional división entre ordenación del gasto y ordenación del pago. De acuerdo con esta separación, el artículo 73 recoge las fases en las que se

divide la gestión económica y financiera de los derechos y créditos incluidos en los presupuestos de la Comunidad Autónoma y de sus Organismos Autónomos. De acuerdo con este artículo las fases de la ejecución del gasto son:

1. aprobación del gasto
2. disposición o compromiso
3. reconocimiento de la obligación
4. la propuesta de pago

Por otro lado, este mismo artículo separa la fase de ordenación del pago, que doctrinalmente se divide en dos subfases: ordenación formal y ordenación material o pago efectivo.

#### LA APROBACIÓN DE GASTO

La denominada aprobación o autorización del gasto, según el art. 73.a.1 del TRLRFO es “el acto en virtud del cual la autoridad competente acuerda la realización de un gasto, calculado en forma cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o una parte del crédito presupuestario legalmente destinado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones que puedan ser consecuencia de aquel, teniendo en cuenta la naturaleza económica de las mismas”.

Hablamos de autorización o aprobación si bien son dos términos que no deben confundirse y que en ocasiones parecen no coincidir. Así, el Consello de la Xunta deberá autorizar de acuerdo con el artículo 43 (“Autorización del Consejo de la Xunta para la tramitación de determinados expedientes de gastos”) de la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el año 2010, la tramitación de expedientes de contratación y de encomiendas de gestión cuando el valor

estimado o el importe del gasto, respectivamente, sea superior a 4.000.000 euros. Sin embargo el párrafo tercero de dicho artículo señala que “una vez obtenida la autorización, la aprobación del gasto corresponderá al órgano de contratación del departamento, organismo autónomo, agencia pública autonómica, sociedad o fundación pública que gestione el crédito”.

La instrucción provisional de contabilidad señala en su Regla 17ª que son documentos de gestión los que soportan los datos de los distintos hechos económico-contables motivados por las operaciones de ejecución del presupuesto de gastos. Dentro de la clasificación que recoge aparecen los documentos A, de autorización de gastos.

La regla 18 además distingue tres supuestos en los que se utilizarán los documentos contables A:

- Autorización de gastos sobre créditos disponibles.
- Autorización de gastos sobre créditos retenidos.
- Existirán igualmente, a fin de contabilizar las anulaciones de autorizaciones, los correspondientes documentos A/.

La autorización es la operación contable que refleja el acto de autorización del gasto regulado por el artículo 73 del TRLRFO. Este acto no implica aún relación con interesados ajenos al centro gestor, pero supone la puesta en marcha del proceso administrativo.

Además, será necesario, de acuerdo con el artículo 73 citado que, con carácter previo o a continuación del acto de autorización, se realicen una serie de actuaciones cuya finalidad es la conformación del expediente de gasto y que son las siguientes:

- La propuesta de gasto, que formulan los servicios dependientes del Ordenador del gasto (por lo general, aparecerá regulado en los Decretos de



estructura y órdenes de delegación de competencias que desarrollan la estructura y competencias de cada una de las unidades administrativas que componen la Xunta de Galicia (en la actualidad *Decreto 79/2009, de 19 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Xunta de Galicia y normativa que desarrolla la estructura de cada una de las Consellerías*).

Aunque no hay una determinación legal del tipo de precisiones que debe contener la propuesta de gasto, se entiende que, entre otros aspectos, se deben incluir la exposición de la necesidad y el fin del gasto, su importe exacto o máximo, la aplicación presupuestaria (descrita a partir de la clasificación orgánica, económica y programa) y la normativa que da cobertura a la actuación.

- El certificado de existencia de crédito (que acredita la cobertura presupuestaria) y simultánea retención del crédito, asiento contable mediante el cual el remanente del crédito que se ha certificado queda indisponible para destinarlo a finalidad distinta. La regla 16 de la instrucción provisional señala que “Son documentos RC o de retención de créditos, aquellos que tienen por objeto afectar al estado de situación de los créditos presupuestarios. Según el estado de situación en que se desee quede el crédito, cabe distinguir las siguientes operaciones:

-Retención de créditos pendientes de utilización.

-Retención de créditos para transferencias.

A efectos de contabilizar las operaciones de anulación correspondientes, se utilizarán igualmente documentos inversos RC”.

A este documento/certificado hace referencia el artículo 93 de la LCSP al señalar que al expediente “*deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley*

47/2003, de 26 de novembro”.

- La fiscalización previa, ya que el art. 94 del TRLRFO establece en su punto 2 que *“La función interventora tiene por objeto controlar todos los actos, documentos y expedientes de la Comunidad y de sus organismos autónomos de los que pudiesen derivarse derechos y obligaciones de contenido económico, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven y, en general, la recaudación, la inversión o la aplicación de los fondos públicos, a fin de asegurar que la gestión de los órganos controlados se ajuste a las disposiciones aplicables a cada caso”*. En relación con lo anterior el artículo 95 señala que la función interventora puede realizarse a través de la fiscalización previa, *“o intervención previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos y obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores”*, en la que uno de los requisitos esenciales que deben comprobarse es la existencia de crédito presupuestario y que éste es el adecuado a la naturaleza del gasto o de la obligación que se propone contraer (art. 97.2.a ). Esta fiscalización previa puede definirse como el trámite en virtud del cual el órgano interventor informa al gestor de que el expediente reúne cuantos requisitos exigen las normas y por tanto puede realizarse el gasto que se pretende llevar a cabo.

De esta definición se deriva lo que constituye un requisito indispensable para el procedimiento y que ya se ha mencionado: la existencia de un crédito presupuestario. Se trata, por tanto, de un control de legalidad de la propuesta y que tiene lugar antes de que se autorice el gasto. El art. 97.1 del TRLRFO excluye de este trámite una serie de supuestos. El informe de fiscalización previa del gasto se convierte así en preceptivo y en cierta medida vinculante.

Según el art. 99 del TRLRFO si la Intervención no está de acuerdo con el

gasto a realizar deberá consignar sus reparos por escrito.

De acuerdo con el art. 100, si los reparos afectan a la autorización y disposición de gastos, al reconocimiento de obligaciones o al ordenamiento de pagos, se originará la suspensión de la tramitación del expediente, hasta que aquéllos no sean subsanados en los siguientes casos:

- a. Cuando se basen en la insuficiencia o 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 un tercero.
- e. Cuando el reparo sea consecuencia de comprobaciones de materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

La Intervención podrá fiscalizar favorablemente, a pesar de los defectos que se observen en el expediente, siempre que los requisitos o los trámites incumplidos no sean esenciales.

En estos supuestos la eficacia de la fiscalización quedará condicionada a la reparación de aquellos defectos con anterioridad a la aprobación del expediente. El órgano gestor remitirá a la Intervención la documentación justificativa de que se repararon dichos defectos.

De no reparar el órgano gestor los defectos indicados, para la continuación del expediente se considerará formulado el correspondiente reparo.

El art. 101 señala que “Cuando el órgano al que se dirija el reparo lo acepte, deberá reparar las deficiencias observadas y remitir de nuevo las actuaciones a la Intervención. Por contra, cuando el órgano gestor no acepte el reparo deducido, formulará discrepancia, que deberá ser motivada con citas de los preceptos legales en los que sustente su criterio.

Si el reparo fuese formulado por una Intervención Delegada, corresponderá a la Intervención General de la Comunidad conocer de la discrepancia y su resolución será obligada para aquélla. 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 Junta de Galicia adoptar una resolución definitiva.

El trámite de fiscalización previa, dado el carácter de generalidad con que se exige, puede provocar retrasos en la tramitación de los gastos. Por ello, el art. 97, combina la fiscalización limitada y el muestreo de expedientes, estableciendo que el Consello de la Xunta, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, y previo informe de la I.X.C.A. podrá acordar que la intervención previa se limite a comprobar determinados extremos, como son la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, o el que las obligaciones o gastos se generan por el órgano competente. Este artículo permite al Consello de la Xunta establecer otros extremos a comprobar.

- La aprobación del gasto. Una vez fiscalizada la propuesta, se produce la aprobación del expediente de gasto por el órgano competente para la aprobación del gasto. Por tanto, se trata de un acto interno de la Administración no declarativo de derechos. La autorización del gasto tiene sentido y verdadera individualidad en el caso en el que la competencia

para la autorización y el compromiso de gasto (fase siguiente) pertenece a órganos distintos.

Aprobado el expediente de gasto, el servicio competente formulará el documento «A» a que se refiere la regla 18 por la parte correspondiente al presupuesto en curso; dicho documento servirá como soporte y justificante de la operación.

Cuando se contrate una obra, adquisición o servicio por cualquiera de las formas que previene la normativa vigente sobre contratos en importe inferior al valor por el que se había hecho la autorización, se produce una baja por la diferencia. Esta baja se tramita mediante documento análogo al que provocó la autorización pero de carácter inverso y su reflejo contable es idéntico al realizado en ésta pero por importe negativo. Análogamente se produciría en el caso de que se decidiera anular el expediente de gasto por cualquier otra causa.

## COMPROMISO DE GASTO O DISPOSICIÓN

De acuerdo con el artículo 73.a.2 del TRLRFO *“La disposición, que es el acto en virtud del que se acuerda, concierta o determina, según los casos, después de cumplir los trámites que de acuerdo con el derecho procedan, la cuantía concreta que debe alcanzar el compromiso económico para la realización de todo tipo de prestaciones. Con los actos de disposición queda formalizada la reserva del crédito por un importe y unas condiciones exactamente determinados”*.

A diferencia de lo que se ha mencionado en relación con la autorización o aprobación del gasto, *“El compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y*

*condiciones establecidas*”, por lo que tiene una cuantía y condiciones “establecidas” de manera que no cabe su revocación.

El compromiso se acuerda por el ordenador del gasto, previa la oportuna propuesta de los servicios a su cargo y, mediante el mismo, la afectación del crédito al gasto, que ha sido previamente autorizado, adquiere un carácter definitivo. La relevancia externa de la disposición del gasto y la vinculación jurídica que supone para la Administración, determina que sea este acto objeto de fiscalización previa a cargo de la IXCA, como mecanismo de control que asegure que la Administración no se compromete más allá de lo que ha sido autorizada por la Ley de Presupuestos.

Por la relevancia de este acto es por lo que se establece la prohibición de adquisición de compromisos de gasto sin crédito, recogida en el art. 57 del TRLRFO, que determina la “No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos figurados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.

El importe por el que se acuerda el acto y por tanto el de la operación contable de compromiso, ha de estar, en todo caso, exactamente determinado al igual que las condiciones de realización de la obra, prestación del servicio, etc.

De acuerdo con la instrucción provisional de contabilidad, los compromisos de gastos se formalizarán el documento contable D.Se expedirán los documentos D para realizar las operaciones de compromisos de gastos con terceros, que vinculen al centro gestor a realizar un gasto por cuantía determinada. Igualmente existirán los documentos inversos D/ anulación de compromisos de gastos para recoger la anulación de dichas disposiciones.

En el caso en que así sea exigido de acuerdo con la naturaleza económica del gasto, y si además es la primera vez que se establece relación con un interesado, será necesario dar de alta al mismo en el inventario de terceros/interesados.

## RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 73.a.3 del TRLRFO define el reconocimiento de la obligación como *“la operación de contraer en cuentas los créditos exigibles contra la Comunidad de Galicia que deban acreditarse como contraprestación económica derivada de los acuerdos, de los conciertos o de las normas resolutorias que determinen la disposición de un crédito, una vez realizada y justificada adecuadamente la correspondiente prestación y efectuada la pertinente liquidación.*

Si en la fase de compromiso de gasto han surgido una serie de derechos y deberes tanto por parte de la Administración como de un administrado, con las actuaciones tendentes al reconocimiento de la obligación de pago se inician los actos del procedimiento dirigidos al cumplimiento por parte de la Administración de la obligación a su cargo (es decir, a la entrega de una cantidad de dinero)

Se produce por tanto necesariamente el cumplimiento de dos requisitos. Un requisito de fondo que consiste, en el caso de las obligaciones recíprocas, en que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo, de acuerdo con la denominada “regla del servicio hecho”, según la cual, de acuerdo con lo que establece el párrafo 3 del art. 24 del TRLRFO. Ello debe acreditarse aportando la documentación que acredite la realización de la prestación o derecho del acreedor (una factura,...). Ello es competencia no sólo de la intervención, sino de la propia Administración gestora y cuyo resultado se refleja en un acta o certificado de recepción, que forma parte de las

cuentas justificativas de la inversión.

Los requisitos formales son los actos de reconocimiento y liquidación de la obligación. La primera expresión hace referencia al acto administrativo mediante el cual la Hacienda Pública acepta formalmente el crédito a su cargo. El segundo, que se practica conjuntamente con el acto de reconocimiento, tiene por misión determinar el importe exacto de dicho crédito.

De acuerdo con la normativa contable de la Comunidad Autónoma el reconocimiento de la obligación es la operación por la cual se refleja la anotación en cuentas de los créditos exigibles contra la Comunidad Autónoma, previa contabilización de las fases de autorización, compromiso de gastos y tras acreditarse la realización de la contrapartida correspondiente.

Se realizará esta operación sobre la base del documento «O» regulado en la regla 20 de la instrucción provisional que servirá de justificante, y a su vez se acompañará con la certificación de obra, factura de suministro, certificado de prestación de servicios, etc. acreditativos de que la Comunidad Autónoma ha recibido de conformidad la prestación pactada.

La anulación de reconocimiento de obligaciones, se formulará en documentos inversos «O», y el asiento en el diario de operaciones será análogo al que provocó el reconocimiento de la obligación pero de signo negativo.

La práctica habitual da lugar a la expedición de un documento mixto que tiene su razón de ser en que con carácter general la contabilización del reconocimiento de la obligación (O) se realiza al mismo tiempo que la propuesta de pago (K), lo cual a su vez trae causa de que en la Administración no se permite el pago aplazado o fraccionado del precio



(sirva como ejemplo el artículo 75.7 de la LCSP).

## PROPUESTA DE PAGO

Por último, acuerdo con el art. 73.a.4), “El ordenamiento del pago, que es la operación en virtud de la cual el ordenador competente, previa propuesta de pago realizado por quien ha reconocido la existencia de la obligación, expide la orden de pago contra la Tesorería de la Comunidad a favor del respectivo acreedor”.

El acto que finaliza la tramitación de los expedientes de gasto a cargo de los centros gestores es la propuesta de pago mediante la cual éstos solicitan del Director General de Política Financiera y del Tesoro, en su calidad de Ordenador general de pagos, que ordene el pago de la obligación a favor del interesado.

Este acto es el nexo entre la etapa de ordenación del gasto y de ordenación del pago.

## LA ORDENACIÓN DEL PAGO O PAGO MATERIAL

La ordenación del pago y el pago material constituyen las dos fases finales del procedimiento de ejecución presupuestaria, si bien podría agruparse en una única fase. El pago material, última fase de este ciclo, extingue la obligación contraída por la Comunidad Autónoma.

El ordenamiento del pago, que es la operación en virtud de la cual el ordenador competente, previa propuesta de pago realizado por quien ha reconocido la existencia de la obligación, expide la orden de pago contra la Tesorería de la Comunidad a favor del respectivo acreedor .

La conexión entre el procedimiento de gasto (fases de aprobación,

compromiso y reconocimiento de la obligación) y estas dos fases finales (procedimiento de pago), como ya se ha mencionado, es la *propuesta de pago*. Mediante la propuesta de pago el centro directivo que haya reconocido la obligación se dirige al ordenador de pagos, la DGPFT. Esta propuesta se recoge en el documento contable OK. Así, la ordenación de pagos vincula la gestión del gasto con la ejecución o pago material del mismo.

De acuerdo con el artículo 74 del TRLRFO “La ordenación general de pagos de la Comunidad corresponde al Consejero de Economía y Hacienda, pudiendo delegar dicha competencia de acuerdo con los procedimientos legales aplicables.

Al objeto de facilitar el servicio de ordenamiento de pagos, se podrán establecer ordenamientos secundarios bajo la dependencia del Consejero de Economía y Hacienda o de la autoridad en la que delegue sus competencias sobre la materia”. Además habrá que tener en cuenta que el artículo 75 establece que la expedición de órdenes de pago con cargo al presupuesto de la Comunidad y de sus organismos autónomos deberá ajustarse al plan que sobre disposición de fondos de la Tesorería establezca anualmente la Consejería de Economía y Hacienda.

Por otro lado hay que tener en cuenta que el Tesoro asume de acuerdo con el TRLRFO la función de “pagador”, frente a la función de ordenador del pago que se atribuye a la Consejería de Economía y Hacienda. Así, el art. 88.a atribuye al Tesoro (DGPFT) La gestión recaudatoria de los recursos y el pago de las obligaciones de la Comunidad y de sus organismos autónomos.

Junto con esta aparente dicotomía de órganos competentes, hay que tener en cuenta que el artículo 72 del TRLRFO establece que le corresponde a los órganos estatutarios, salvo lo que establezcan otras Leyes aplicables, a los

Consejeros y demás órganos de la Comunidad Autónoma que tuviesen dotaciones diferenciadas en sus estados de gastos autorizar los gastos referentes a los servicios a su cargo, excepto en los casos reservados por las Leyes a la competencia de la Junta de Galicia, así como autorizar los actos de disposición de créditos y de reconocimiento de obligaciones, y proponer al Consejero de Economía y Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos.

Del mismo modo, señala que “Con la misma reserva legal corresponde a los Presidentes o Directores de los organismos autónomos de la Comunidad la autorización y disposición de gastos y créditos, respectivamente, el reconocimiento de obligaciones y el ordenamiento de los pagos que correspondan a los mismos”.

De acuerdo con la instrucción provisional, las órdenes de pago emitidas por la Dirección General de Presupuestos y del Tesoro se soportarán en documentos P que se obtendrán por medios informáticos, debiendo contener, inexcusablemente además del nombre completo del perceptor, el número del documento nacional de identidad, si se trata de una persona física o el código de identificación correspondiente, si es una persona jurídica. Asimismo se consignará necesariamente el tipo y forma de pago, pudiendo expresarse mediante claves o códigos.

Emitidas las órdenes de pago y editados por el sistema informático los documentos P, por la Tesorería de la Dirección General de Presupuestos y del Tesoro se procederá a comprobar que las mismas son correctas y a efectuar su señalamiento a través del sistema informático.

El momento en que se justifique cada orden de pago permite su

clasificación en órdenes de pagos en firme y órdenes de pagos a justificar. La primera categoría, órdenes de pagos en firme, se basa en la regla en virtud de la cual para que anteriormente se haya producido el reconocimiento de la obligación se exige acreditación documental de acuerdo con los respectivos compromisos de gasto.

A su vez la ordenación de pagos en firme puede dividirse en otros dos tipos: órdenes de pago expedidas a favor del acreedor directo del derecho o bien órdenes de pago expedidas a favor de un cajero pagador para que éste efectúe el pago finalmente.

A diferencia del anterior y con carácter excepcional, las órdenes de pagos a justificar se libran para satisfacer gastos que no cuentan con los requisitos de acreditación documental señalados que justifiquen que se ha realizado la prestación que originó el gasto. De acuerdo con el art. 77 del TRLRFOG:

“1. Tendrán el carácter de pagos a justificar los fondos librados para atender gastos que no puedan ir acompañados de la documentación justificativa a que se hace referencia en el artículo anterior.

2. Podrán expedirse órdenes de pago a justificar en los supuestos siguientes:

- a. Cuando los documentos justificativos no puedan adjuntarse antes de efectuar la propuesta de pago.
- b. Cuando se considere conveniente la utilización de este sistema para agilizar significativamente la gestión de los créditos.
- c. Cuando las órdenes de pago tengan por objeto satisfacer gastos en localidades donde no existan dependencias del organismo autónomo de que se trate.

3. La Consejería de Economía y Hacienda, oídas las Consejerías, previo informe de la Intervención General, establecerá las normas generales que

regulen la expedición de órdenes de pago a justificar, así como los límites cuantitativos de las mismas y los conceptos presupuestarios a los que son aplicables.

4. Las órdenes de pago cursadas con el carácter de justificar se aplicarán a los créditos presupuestarios que correspondan y sus perceptores quedarán obligados a justificar la aplicación de las cantidades recibidas en el plazo de tres meses, estando sujetos al régimen de responsabilidades previsto en la presente Ley. En los casos excepcionales podrá concederse una prórroga adicional por otro período igual para cumplimentar en todo o en parte la citada justificación”.

El pago directo a los acreedores es la regla general. El pago a través de mediadores se contempla por tanto para circunstancias determinadas: pago de retribuciones de personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Galicia, anticipos de caja fija, pagos a justificar, etc.

La ejecución del pago también está sometida a intervención, la denominada intervención material del pago regulada en el artículo 95.1.c) del TRLRFO. Los medios de pago están regulados en el artículo 91.2 del TRLRFO. En dicho artículo se establece que “Los medios de pago admisibles por las cajas de la Tesorería podrán consistir en dinero de curso legal, cheques nominativos, giros, transferencias o cualquier otro medio de pago legalmente establecido. La Consejería de Economía y Hacienda establecerá las condiciones que tendrán que cumplir los mismos y el momento en el que en cada caso se producirá la liberación de la deuda”.

Además el art. 76 prevé la posibilidad de librar las órdenes de pago mediante la utilización de procesos informáticos (“Las órdenes de pago se expedirán una vez que se justificase documentalmente ante el órgano competente para reconocer la respectiva obligación, la realización de la

prestación o el derecho del acreedor, conforme a los acuerdos por los que en su día se autorizaron y comprometieron los correspondientes gastos. 2. Los ordenadores de pagos podrán recibir las propuestas y librar las correspondientes órdenes de pago mediante la utilización de procesos informáticos. En este supuesto la documentación justificativa del gasto realizado podrá quedar en aquellos centros en los que se reconocieron las correspondientes obligaciones, para su posterior inclusión, en su caso, en la Cuenta General de la Comunidad Autónoma o para su puesta a disposición de los órganos de control competentes”).

Por otra parte es necesario señalar la existencia de lo que algunos autores han llamado fases mixtas y la existencia de una serie de actuaciones específicas requeridas según las clases de gastos. El artículo 73.6 LGP prevé expresamente que *“Cuando la naturaleza de la operación o gasto así lo determinen, se acumularán en un solo acto las fases de ejecución precisas”*.

En la práctica, es frecuente que por razones de economía procedimental las fases de autorización y compromiso se encuentren unidas, teniendo reflejo contable en un documento "AD".

Cuando en un mismo acto se acumulen la autorización del gasto, su compromiso y el reconocimiento de la obligación, se expedirá un documento mixto ADOK. De acuerdo con la instrucción provisional de contabilidad los documentos ADOK, son documentos que reflejan operaciones que combinan las fases de autorización, compromiso de gasto y reconocimiento de la obligación y además provocarán el envío de la correspondiente propuesta de pago a la Dirección General de Presupuestos y del Tesoro.

Por último, el artículo 73 del TRLRFO también recoge las fases de la

ejecución presupuestaria de los ingresos que recogeremos aunque sea de manera sucinta:

1. El compromiso de ingresos, que es el acto en base al que se reconoce en cuentas el derecho a liquidar un determinado recurso por una cuantía cierta si se cumplen aquellas condiciones y trámites que se prevean en las normas legales aplicables.
2. El contraído del recurso, que es el acto por el que se liquida el mismo y se reconoce en cuentas el derecho definitivo a su percepción por su exacta cuantía.
3. La recaudación del recurso, que constituye el proceso por el que la Tesorería de la Comunidad hace líquido e ingresa en sus cajas el importe del mismo.

## ALGUNAS ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

Si bien la gestión de los créditos presupuestarios deberá realizarse dentro del ejercicio presupuestario según el principio de anualidad analizado al principio de este tema, existen dos especialidades que en cierta medida excepcionan este principio y que debemos analizar:

a) La tramitación anticipada de expedientes de gasto. En determinados supuestos es necesario iniciar la tramitación del expediente en un ejercicio presupuestario anterior a aquél en que el gasto se va efectuar.

En la actualidad este procedimiento de tramitación anticipada de expedientes de gasto se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Galicia por la Orden de la Consellería de

Economía e Facenda de 11 de febrero de 1998 (DOG nº 34 de 19 de febrero de 1998). El artículo 1º de esta orden señala que *“Los expedientes de gasto imputables a los capítulos II, IV, VI y VII de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma podrán iniciarse, siempre que las necesidades que se vayan a satisfacer puedan ser razonablemente previstas con anticipación, en los siguientes supuestos:*

*1.1. En el ejercicio inmediatamente anterior al de los presupuestos con cargo a los que se vayan a imputar los correspondientes gastos, aún cuando su ejecución se realice en una o en varias anualidades; en el primer caso, siempre que exista crédito adecuado y suficiente en el Proyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma aprobado por el Consello da Xunta que corresponda al ejercicio presupuestario en el que se vaya a materializar la contraprestación, y en el segundo, siempre que exista crédito para la primera anualidad y que se cumplan los requisitos del art. 58 da Lei 11/1992, de régimen financiero y presupuestario de Galicia.*

*1.2. Si llegada la fecha del 20 de octubre no estuviese aprobado el proyecto de presupuestos por el Consello da Xunta para su remisión al Parlamento, según se dispone en el art. 52 de la Ley 11/1992, podrá igualmente iniciarse la tramitación anticipada de expedientes durante el período que medie entre la citada fecha y la de aprobación del proyecto de presupuestos, siempre y cuando se acredite que normalmente va a existir crédito adecuado y suficiente para el gasto que se va a efectuar.*

*1.3. En el período de prórroga de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, una vez aprobado el proyecto de presupuestos, siempre que se cumplan los requisitos del apartado 1.1.”*



De acuerdo con esta orden, en la tramitación anticipada de expedientes de gasto de contratación sólo podrá llegarse hasta la adjudicación del contrato y su formalización, quedando condicionada su eficacia a la existencia de crédito adecuado y suficiente. Por contra, en la tramitación anticipada de subvenciones y expedientes de gasto no contractuales podrá llegarse como máximo al momento inmediatamente anterior al de disposición o compromiso del gasto.

En el ámbito de la contratación administrativa y en el subvencional existen disposiciones específicas, como lo establecido en el art. 94 de la LCSP y el artículo 25 del Decreto 11/2009, de 8 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de Subvenciones de Galicia.

b) El compromiso de créditos de ejercicios futuros. La coexistencia de unos créditos de vigencia anual recogidos en las sucesivas leyes anuales de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia, con una realización del gasto que comprende varias anualidades, hace necesarios una serie de trámites para constatar que se dan las condiciones exigidas para que pueda aplicar los correspondientes gastos a presupuestos que, en principio, no podrían dar cobertura a los mismos.

Esta posibilidad aparece regulada en el artículo 58 del TRLRFO que regula los gastos plurianuales estableciendo:

*“1. Podrán adquirirse compromisos de gastos de carácter plurianual, aunque su ejecución haya de iniciarse en el ejercicio siguiente, cuando su contenido coincida con los que a continuación se especifican:*

*a. Inversiones y transferencias de capital.*

*b. Transferencias corrientes derivadas de normas con rango de Ley, o que se concediesen a través de convocatorias o firma de convenios, previa autorización del compromiso plurianual por parte del Consello de la Xunta.*

- c. Gastos en bienes y servicios cuya contratación bajo las modalidades establecidas en la Ley de contratos del sector público no pudiera ser estipulada o resultase antieconómica por plazo que comprenda un solo ejercicio presupuestario.*
- d. Arrendamientos de bienes inmuebles que vayan a ser utilizados por organismos o servicios de la comunidad autónoma.*
- e. Cargas financieras derivadas de operaciones de endeudamiento de la Comunidad o de sus organismos autónomos.*
- f. Activos financieros.*
- g. Convenios con universidades y otras instituciones o centros docentes cuando aquellos hayan de ejecutarse durante cursos académicos coincidentes con dos ejercicios presupuestarios.*

*2. La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará a los créditos que para cada ejercicio se consignen en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.*

*3. El número de ejercicios a los que pueden aplicarse los gastos incluidos en las letras a, b, c, f y g del número 1 no podrá ser superior a cuatro.*

*El gasto que en estos casos se comprometiese con cargo a ejercicios futuros no podrá exceder del resultado de aplicar al crédito inicial, a nivel de concepto, los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente el 70%, en el segundo ejercicio el 60% y en los ejercicios tercero y cuarto el 50%. Tampoco podrá ser inferior al 10% del importe total del expediente de gasto, en ninguno de los años a los que se extienda su ejecución material, salvo, en su caso, en el último ejercicio.*

*El total de los importes comprometidos con cargo a ejercicios futuros en el conjunto de los conceptos que definen un nivel de vinculación no podrá sobrepasar los porcentajes arriba indicados, calculados sobre el crédito inicial de ese conjunto de conceptos.*

*En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los*

*realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10% del importe de adjudicación, en el momento en que la misma se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.*

*4. También podrá ser diferido el pago del precio de compra de las adquisiciones de bienes inmuebles cuando el importe exceda de 350 millones de pesetas, sin que en ningún caso el desembolso inicial a la firma de la escritura pueda ser inferior al 30 % del precio, pudiendo distribuirse libremente el resto hasta en cuatro anualidades sucesivas a los respectivos vencimientos dentro de las limitaciones del punto anterior.*

*5. Con independencia de lo establecido en los números anteriores para los programas y proyectos de gastos de capital que se especifiquen en las Leyes de Presupuestos, podrán adquirirse compromisos de gastos que tengan que extenderse a ejercicios futuros hasta el importe que para cada una de las anualidades se determine.*

*A estos efectos, cuando en los créditos presupuestarios se encuentren incluidos proyectos de las características señaladas anteriormente, los porcentajes a que se refiere el número 3 de este artículo se aplicarán sobre dichos créditos, una vez deducida la anualidad correspondiente a estos proyectos.*

*6. El Consello de la Xunta, a propuesta del Conselleiro de Economía y Hacienda, podrá modificar los porcentajes señalados en el número 3 de este artículo y los importes que se fijen con arreglo a lo dispuesto en el número 5, así como modificar el número de anualidades en casos especialmente justificados, a petición de la correspondiente Consellería y previos los informes que se estimen oportunos, y, en todo caso, el de la dirección general competente en materia de presupuestos.*

*Este procedimiento será igualmente de aplicación en el caso de los contratos de obras que se efectúen bajo la modalidad de abono total de los mismos, según lo previsto en el artículo 99.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, bien se pacte el abono total del precio de una sola vez o se fraccione en distintas anualidades, que no podrán ser superiores a diez desde la fecha fijada para la conclusión de las obras.*

*7. Los compromisos de gastos de carácter plurianual a que hace referencia el presente artículo serán adecuadamente contabilizados de forma independiente”.*

Articulada esta posibilidad por el TRLRFO es necesario señalar las peculiaridades contable que comporta. De acuerdo con la normativa de contabilidad vigente en la Comunidad Autónoma “*Son operaciones de ejercicios posteriores, las autorizaciones y compromisos de gastos, con efectos en presupuestos futuros, realizadas al amparo de lo establecido en el artículo 44 de la Ley G.E.F. pública de Galicia (citada).*

*Dichos gastos, de carácter plurianual, deberán ser objeto de contabilización independiente según se establezca en el apartado 2 del citado artículo”.*

Se efectuará, por tanto, una autorización de gastos con imputación a ejercicios posteriores, cuando la autoridad competente acuerde realizar un gasto, que haya de afectar a presupuestos de ejercicios posteriores, determinando su cuantía de forma cierta o aproximada. Se tramitará mediante documento A aplicado a presupuestos futuros, en donde se recogerá el importe de todas y cada una de las anualidades a que afecte el expediente. Dicho documento será enviado, en unión del documento A correspondiente a la anualidad corriente, por el servicio gestor que lo formule, a la oficina contable en el centro gestor para su registro contable.

Se efectuará una operación de compromiso de gastos con imputación a

ejercicios posteriores cuando la autoridad competente acuerde la realización de obras, prestación de servicios, etc. previamente autorizados, imputables a ejercicios posteriores y que hayan de efectuarse en los mismos. El importe por el que se acuerda el acto, ha de estar en todo caso exactamente determinado. Se tramitará mediante documento D aplicado a presupuestos futuros. La introducción de un interesado será necesaria si así es exigido de acuerdo con la naturaleza económica del gasto. Si además es la primera vez que se establece relación con dicho interesado será necesario el correspondiente documento de alta del mismo en el inventario de interesados.

Al iniciarse un nuevo ejercicio económico las autorizaciones y, compromisos de gastos adquiridos con cargo a ejercicios posteriores, que estuviesen imputados al presupuesto que se inicia, pasarán a contabilizarse como operaciones de ejercicio corriente, mediante los oportunos documentos «A», «AD» o «D», que se formularán por el servicio pertinente.

Jacinto Álvarez Somoza



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

## **TEMA 5: EL CONTROL PRESUPUESTARIO. EL CONCEPTO. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. EL CONSEJO DE CUENTAS.**

### **1. El control presupuestario. Concepto**

### **2. Naturaleza y ámbito de aplicación**

### **3. Clases**

**Interno: IGCA**

**Externo: Parlamento de Galicia y Tribunal de Cuentas.**

### **4. 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".*

## **NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES**

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 307/2009, de 28 de mayo, por el que se establece la estructura de la Consellería de Facenda - DOG nº 106, de 2 de junio de 2009).

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”.

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 307/2009 plasma la organización desconcentrada de la IGCA en el capítulo III de su Título II (artículos 14 y ss), que recogen los siguientes órganos dependientes e integrados bajo la IGCA:

1. 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 307/2009 señala que tanto en la Presidencia de la Xunta de Galicia como en todas las consellerías existirá una intervención delegada, con el nivel orgánico de subdirección general, integrada orgánicamente en las respectivas secretarías xgenerales, que ejercerá, bajo la dependencia funcional de la Intervención General y jerárquica del conselleiro/a de Facenda, una serie de funciones, salvo que le estén expresamente atribuidas a interventor/a general o a los interventores/as territoriales. En la actualidad existen cinco interventores territoriales para A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra e Vigo.

Por último, en los organismos autónomos en que así se determine podrá existir una intervención delegada con nivel orgánico de subdirección general que ejercerá, bajo la dependencia funcional de la Intervención

General, el control interno de la actividad económico-financiera aquellos.

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.

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.

En la actualidad, destaca el sometimiento al régimen de control financiero del Servicio Galego de Saúde (Orden de 20 diciembre 2007 por la que se da publicidad al acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia que substituye la función interventora por un sistema de control financiero permanente en el ámbito del Servicio Gallego de Salud – DOG nº 249, de 27 de diciembre de 2007).

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 art. 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:

- 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).
- No estarán sometidos a intervención previa:
  - a. 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 (en la actualidad artículo 39 de la Ley 9/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010) .
  - b. 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.
  - c. 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.

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.

- b. Que las obligaciones o gastos se generan por órganos competentes.
- c. 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.

Esta última mención de la letra “c” ha sido objeto de desarrollo por la orden de 4 de enero de 2010 por la que se da publicidad al acuerdo del Consello da Xunta de Galicia de 30 de diciembre de 2009 por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 97.2º del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, se aprueba el régimen de fiscalización limitada previa para determinados expedientes de gasto (DOG nº 5, de 11 de enero de 2010).

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 art. 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.

Este desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por el Acuerdo del Consello da Xunta de 18 de marzo de 1999, hecho público por la Resolución de la Consellería de Facenda de 31 de marzo de 1999, en el que se da aplicación al art. 103 de la Lei 11/1992, de régimen financiero y presupuestario de Galicia, respecto del control financiero (DOG nº 82, de 30 de abril).

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 art. 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 realizaren, 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 art. 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 art. 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 (arts. 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 consuntiva 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”.

## **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.

- a. 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.
- b. Las empresas públicas, cualquiera que sea su forma jurídica, dependientes de la Administración Autonómica.
- c. 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.

LI. 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 ss 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 re 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 practicas 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 establece 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



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

## **TEMA 6**

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

#### **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 307/2009, de 28 de mayo, por el que se establece la estructura de la Consellería de Facenda - DOG nº 106, de 2 de junio de 2009).

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.

## **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 307/ 2009, de 28 de mayo, 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 Presupuestos.
- Dirección General de Tributos.
- Dirección General de Política Financiera y Tesoro.
- Dirección General de Planificación y Fondos.

- Dirección General de la Función Pública.
- Departamentos territoriales.

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 de la TRLRFO de Galicia.
  - 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 TRLRFO de Galicia y en la Orden de 1 de diciembre de 1989, por la que se implanta un nuevo sistema de información contable en la Administración de la Xunta de Galicia.
  - Las actuaciones de control financiero de subvenciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley 9/2007, de subvenciones de Galicia y demás normativa de desarrollo.
  - Las actuaciones de auditoría de fondos comunitarios que le correspondan, de acuerdo 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.
  - Ejercicio <de las demás funciones que a dicho órgano le asigne 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.
  - 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 asesores 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 los organismos autónomos, sociedades y en otros entes públicos de la Comunidad Autónoma.
  - Las intervenciones territoriales delegadas.

### **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 307/2009, de 28 de mayo, en el que se aprueba la estructura orgánica de la Consellería de Hacienda y que en sus artículos 18 y 27 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 propuesta 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, el Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la Consellería de Hacienda, previo informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma adoptó el **Acuerdo 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.

A estos efectos la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia, cerrando el círculo de los posibles tipos de control aprobó la **Instrucción 5/2010, de 16 de abril, sobre control posterior de expedientes de gasto**, regulando en ella:

1. El objeto del control posterior.
2. La selección de los expedientes objeto de control.

3. Los órganos competentes para el ejercicio del control posterior.
4. El desarrollo del procedimiento de control posterior.
5. Los informes de control posterior.
6. El reintegro.
7. Resultado de las actuaciones de control posterior.
8. Seguimiento de las recomendaciones propuestas.
9. La entrada en vigor, que se produjo el 17 de abril de 2010.

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 un 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



**7. EL SISTEMA TRIBUTARIO  
ESPAÑOL. EL IMPUESTO:  
CONCEPTO, CLASES,  
PRINCIPIOS Y EFECTOS. LOS  
IMPUESTOS DIRECTOS:  
CONCEPTO, CARACTERES Y  
CLASES. IMPUESTOS  
INDIRECTOS: CONCEPTO,  
CARACTERES Y CLASES.**

## **TEMA 7**

### **EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL. EL IMPUESTO: CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS Y EFECTOS. LOS IMPUESTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES. IMPUESTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.**

#### **1. EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL.**

En una primera aproximación un sistema tributario puede identificarse un conjunto de gravámenes que forman parte de un todo y que se aplican en un determinado territorio siendo fruto, acostumbra a señalar la doctrina, de una interacción de decisiones racionales y de factores históricos.

Ahondando en la explicación de estos dos aspectos FERREIRO LAPATZA alude a las características que, según GENGEMI, tiene un sistema tributario racional. Así, este autor menciona factores como la existencia de una Administración financiera eficiente conocedora de las consecuencias de su actuación; la ausencia de evasiones y duplicaciones de gravamen; la admisión de exenciones; el mantenimiento de la progresividad dentro de límites reales; la afirmación de los principios de personalidad y equidad en el reparto de la carga tributaria en el sector de los impuestos directos así como a la coordinación entre ellos y, de ellos, a su vez, con los impuestos indirectos; la certeza en los derechos y obligaciones del poder público y los contribuyentes; la existencia de unos principios generales inspiradores del sistema; o la necesidad de establecer un sistema sancionador que asegure el cumplimiento de las normas tributarias.

Pues bien, junto con dicha racionalidad, sin duda presente en nuestro sistema tributario, también el elemento histórico está presente de una manera destacada. Desde este punto de vista la mayor parte de la doctrina coincide en señalar a la reforma de 1845 como el punto de arranque de nuestro sistema tributario actual. Con esta reforma, entre otras cuestiones

y en términos generales, se logró la unificación fiscal española así como la simplificación de los impuestos existentes hasta el momento, extremos que derivaron en una mejora de la administración fiscal así como en un incremento de la recaudación.

A esa reforma le siguieron otras como las de 1900, 1940, 1957 o 1964. Todas ellas implicaron avances aunque también contenían algunos defectos que la reforma de 1978 trató de paliar y que se inició, de manera efectiva, con la aprobación de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Pues bien, el sistema impositivo que resultó de la reforma que se llevó a cabo en los primeros años de la democracia en nuestro país mantiene su estructura en la actualidad, aunque lógicamente ha sido objeto de sucesivas modificaciones.

Por lo que atañe a su estructura, el sistema tributario español está constituido por todos los impuestos, tasas y contribuciones especiales vigentes a nivel estatal, autonómico y local. Pues bien, de las tres especies tributarias mencionadas el impuesto es, sin duda, la más relevante tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, por lo que a ellas nos referiremos en los siguientes epígrafes.

## **2. EL IMPUESTO: CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS Y EFECTOS.**

### **2.a. Concepto.**

Como acaba de señalarse, en el sistema tributario español los impuestos, junto con las tasas y las contribuciones especiales, constituyen una de las tres grandes especies en que se ha dividido la categoría de tributo. En ese sentido, el apartado 2 del art. 2 de la LGT establece que “Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos”, términos todos ellos que, a su vez, son definidos en el citado precepto.

Así, en primer lugar, el apartado 1 del art. 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre señala que *“Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.”*

A continuación, es el art. 2.2. LGT el encargado de definir a cada una de las categorías tributarias, señalando así que:

a) Las tasas *“son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”*.

b) Las contribuciones especiales *“son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”*.

c) Los impuestos *“son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”*.

Pues bien, analizando este último concepto, dos son los aspectos que deben destacarse del mismo.

Así, en primer lugar, ha de hacerse referencia al inciso de la citada definición en el que se dispone que los impuestos son *“los tributos exigidos sin contraprestación”*.



A este respecto la LGT de 2003 ha mantenido una expresión muy criticada ya durante la vigencia de la ya derogada LGT de 1963, toda vez que el hecho de caracterizar a los impuestos por la ausencia de contraprestación induce al error de pensar que esta circunstancia se halla presente en las restantes clases de tributos. Pues bien, teniendo en cuenta que en sentido técnico jurídico el término “contraprestación” está reservado a las obligaciones sinalagmáticas, ha de concluirse que su utilización para definir al impuesto no puede interpretarse con ese mismo significado. Partiendo de esta premisa, la doctrina entiende que la forma de interpretar dicho término en el contexto de la definición de los impuestos ha de partir de la propia estructura de su hecho imponible en la que, a diferencia de lo que puede observarse en otras categorías tributarias, no existe referencia alguna a una actividad concreta del ente público como justificación para la aplicación del impuesto de que se trate.

Es decir, con los impuestos se gravan manifestaciones de capacidad económica “no casualizadas” o “no vinculadas” a una actividad administrativa concreta, y en ese sentido debe interpretarse la ausencia de contraprestación a la que alude la definición de impuesto en la L.G.T.

Por otra parte, y continuando con el análisis del concepto de impuesto, ha de reparse también en el significado que cabe atribuir al inciso en el que se señala que su *“hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”*.

Ciertamente la referencia al principio de capacidad económica en la definición del impuesto también ha sido objeto de críticas, toda vez que, al no mencionarse expresamente en los conceptos de las demás categorías tributarias podría llevar a entender que se trata de un principio exclusivamente aplicable a la categoría tributaria que nos ocupa, cuando en realidad se trata de un principio que debe inspirar al conjunto del sistema tributario.

Al margen de esa polémica, considerada inútil por algunos autores, lo cierto es que la capacidad económica, predicable respecto de todos los tributos, ha de ser atendida también respecto de los impuestos y, particularmente, a la hora de establecer y definir los hechos impositivos de los mismos. De ese modo, el legislador podrá establecer figuras impositivas en torno a diferentes negocios, hechos o actos, como señala la LGT, pero siempre que los mismos sean susceptibles de exteriorizar alguna manifestación de capacidad económica.

De los términos que el legislador utiliza para definir al impuesto se deducen ya algunas de las principales características de esta categoría tributaria.

Las características del impuesto son:

- a) Su carácter obligatorio frente a otros ingresos públicos. Es decir, se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público establecidas de forma coactiva, de tal modo que su existencia y exigibilidad no depende de la voluntad de los obligados.
- b) Es un tributo exigido sin contraprestación específica y equivalente a lo pagado. Su exigibilidad o cobro no está condicionado a la utilización de algún servicio público concreto, ya que su objetivo es la financiación del gasto público. Por tanto, su finalidad es contributiva.
- c) Los impuestos han de recaer siempre sobre manifestaciones concretas de capacidad económica, como pueden ser el patrimonio, la renta o el gasto.
- d) El hecho imponible del tributo aparece referido tanto a hechos como a actos de naturaleza jurídica o económica, que estarán delimitados por una norma de rango legal. En ese sentido ha de tenerse en cuenta la relevancia que en materia tributaria tiene el principio de reserva de ley (art. 31.3 CE).

e) De la realización del hecho imponible surge a cargo del contribuyente la obligación tributaria principal, traducida fundamentalmente en una obligación pecuniaria de dar a favor del Estado u otro ente público.

## **2.b. Clases de impuestos.**

Son muchos los criterios que pueden manejarse para la clasificación de los impuestos. Sin embargo, la clasificación mayoritariamente aceptada por los tributaristas, es la diferencia los siguientes tipos de impuestos:

### **-Impuestos personales y reales**

Los *impuestos personales* son aquellos en los que el elemento objetivo del presupuesto de hecho sólo puede concebirse por referencia a una persona determinada, configurándose ésta como elemento constitutivo del propio presupuesto de hecho. Son personales los impuestos que recaen sobre la renta o sobre el patrimonio de una persona física o jurídica. Se trata de impuestos que no pueden ser pensados sin ponerlos en relación con una determinada persona e intentan gravar toda la capacidad económica del sujeto. Por ejemplo, el IRPF.

Por el contrario, son *impuestos reales* aquellos cuyo hecho imponible se establece con independencia del elemento personal de la relación tributaria. Esto es, se asientan sobre el elemento objetivo del presupuesto de hecho, que es constitutivamente autónomo. Puede ser pensado y, consiguientemente, definido por la norma, sin referencia a ningún sujeto determinado. Por tanto, gravan manifestaciones de la riqueza que puede ser pensada sin ponerla en relación directa con una persona en concreto. Por ejemplo, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, cuyo hecho imponible se define atendiendo a la naturaleza del bien con independencia de quien sea su titular.

### **-Impuestos subjetivos y objetivos**

Otra de las clasificaciones de los impuestos que se manejan en el ámbito tributario es la que diferencia entre impuestos subjetivos y objetivos.

Un impuesto es subjetivo cuando a través de las disposiciones que lo regulan, en algún momento, se toman en consideración circunstancias personales y familiares de los sujetos que están llamados a satisfacerlo a efectos de modular su carga tributaria. El ejemplo más paradigmático es el del IRPF.

Cuando dichas consideraciones no se tienen en cuenta a la hora de cuantificar el importe de la deuda tributaria, el impuesto será objetivo. Un ejemplo de impuesto objetivo viene representado por el ITP y AJD.

En algunas ocasiones esta clasificación puede confundirse con la anterior, aunque entre ambas existen matices que obligan a su diferenciación. Así, por ejemplo, el Impuesto sobre Sociedades es personal, pero no puede calificarse como subjetivo ya que no grava a una persona física. Por su parte, el Impuesto sobre Sucesiones y donaciones es real, pues su presupuesto de hecho sólo atiende a la realización de una transmisión gratuita de bienes o derechos, pero tiene matices subjetivos en cuanto que modula la carga tributaria de los contribuyentes en razón del parentesco que el transmitente tiene con el transmisor.

En términos generales y a efectos de sintetizar esta cuestión, puede señalarse que son subjetivos los impuestos personales que recaen sobre personas físicas, y que serán objetivos los que recaigan sobre personas jurídicas, así como los impuestos reales.

-Impuestos periódicos e instantáneos.

En función del elemento temporal del hecho imponible de los impuestos, los mismos pueden clasificarse en *impuestos periódicos e instantáneos*.

Los periódicos son aquellos impuestos cuyo presupuesto de hecho goza de continuidad en el tiempo, de forma que el legislador se ve obligado a fraccionarlo, de tal suerte que a cada fracción resultante se asocia una deuda tributaria distinta. Por ejemplo, en el IRPF el hecho imponible muestra una tendencia a reproducirse en el tiempo de manera sistemática, por lo que el legislador, en lugar de disponer el gravamen de las personas físicas cada vez que obtienen una renta, establece que el tributo se devengue, en términos generales, el 31 de diciembre de cada año. Así pues, la renta percibida durante todo el año natural dará lugar a una obligación tributaria independiente, considerándose que el hecho imponible está íntegramente realizado el 31 de diciembre, momento que coincide con el del devengo de este tributo.

Por su parte, los impuestos instantáneos son aquellos cuyo presupuesto de hecho se agota, por su propia naturaleza, en un determinado período de tiempo. No quiere decir que su duración haya de ser fugaz, sino que basta con que no se prolongue indefinidamente. Por ejemplo, el ITP-AJD o el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

-Impuestos directos e indirectos.

Por último, otra de las clasificaciones de los impuestos es la que distingue a los impuestos directos de los indirectos.

En términos generales, los impuestos directos son aquellos que recaen sobre índices de capacidad económica que permiten medir con un elevado grado de aproximación a la realidad la capacidad contributiva de los ciudadanos. Este es el caso, por ejemplo, de la renta, por lo que el IRPF es un impuesto directo.

Además de lo anterior, en los impuestos directos la obligación de pago del impuesto recae siempre sobre la persona que posee esos índices de capacidad económica, sin que exista la posibilidad de que esa persona pueda resarcirse de lo pagado frente a un tercero.

Por su parte, los impuestos indirectos miden la capacidad económica de los ciudadanos a través de criterios más alejados de la capacidad contributiva real de los individuos, recayendo sobre índices indirectos de capacidad económica como puede serlo el gasto o consumo que un sujeto puede realizar gravado, por ejemplo, a través del IVA.

A mayor abundamiento, la normativa reguladora de estos impuestos establece la obligación de que el sujeto pasivo repercuta o traslade el importe de su cuota tributaria a un tercero, mecanismo que se aplica hasta llegar al consumidor final, verdadero objetivo del gravamen de estos tributos.

## **2.c. Principios.**

Para abordar el análisis de los principios de la imposición hemos de referirnos a la enumeración recogida tanto en la Constitución Española (art. 31), como en la Ley General Tributaria (art. 3).

Pues bien, partiendo de estos preceptos los principios de la imposición pueden clasificarse en principios jurídico-materiales y jurídico-formales.

### **1. Principios jurídico-materiales de la imposición.**

Dentro de este grupo de principios podemos diferenciar, a su vez, siguiendo la clasificación establecida en la LGT, los principios de ordenación del sistema tributario y los principios de aplicación del mismo.

#### **1.A. Principios de la ordenación del sistema tributario**

##### **a) Principio de generalidad**

Este principio, al que la Constitución alude cuando establece en su art. 31.1. que “todos contribuirán” al sostenimiento de los gastos públicos, se refiere a la obligación de que todos los sujetos contribuyan dentro del sistema tributario para hacer frente a las cargas públicas, ahora bien,

lógicamente siempre que realicen alguna actividad susceptible de someterse a imposición en nuestro sistema tributario. Se establece, pues, la universalidad en el sacrificio impositivo.

No obstante lo anterior, los principios materiales de justicia tributaria no pueden entenderse aisladamente, sino que han de ponerse en relación entre ellos, interacción de la que pueden derivarse limitaciones a la hora de aplicarlos. En esa línea el principio de generalidad resultará limitado, por ejemplo, por el principio de capacidad económica, extremo que llevará a concluir que “todos” contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos pero, evidentemente, lo harán siempre que cuenten con la capacidad económica suficiente o necesaria para afrontar el pago del tributo.

Precisamente por ese motivo los beneficios o exenciones fiscales no tienen porqué contradecir el principio de generalidad ni, como veremos, el de igualdad. Así, por ejemplo, el hecho de que determinados sujetos, pese a realizar el hecho imponible del IRPF estén exentos de tributar cuando su nivel de renta no alcance un mínimo exigido por la Ley no puede entenderse como una previsión contraria al principio de generalidad, que en este caso se ve limitado como consecuencia de su interacción con el principio de capacidad económica, también recogido en la Constitución.

A mayor abundamiento la concesión de beneficios tributarios puede ser constitucionalmente legítima y respetar el principio de generalidad, a pesar de que aquellos beneficios puedan afectar a personas que tengan la capacidad económica suficiente para afrontar el pago del tributo, y ello porque el legislador tributario puede establecer dichos beneficios para colaborar en la consecución de otros principios y derechos recogidos en la Constitución. Piénsese así en un beneficio fiscal que puede concederse a las empresas por incluir en su plantilla de trabajadores a personas discapacitadas.

En ese sentido ha de recordarse, como señala el art. 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el segundo párrafo de

su apartado 1, que: *“Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”*. De este modo, el tributo deja de ser neutro y de exclusiva finalidad recaudatoria, para servir de instrumento de la política económica y social. Es decir, se reconoce la “instrumentalización económica del tributo”. En este sentido puede recordarse que la Constitución Española señala entre los principios rectores de la política social y económica, el deber de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, orientada de manera especial al pleno empleo (artículo 40), objetivo al cual, lógicamente, también debe colaborar el legislador fiscal.

#### b) Principio de capacidad económica

La capacidad económica es un criterio esencial de reparto o distribución de la carga tributaria y significa, básicamente, que los tributos deben recaer sobre quienes puedan hacer frente a la carga económica derivada de su aplicación.

En cuanto a sus funciones, pueden destacarse dos aspectos. De un lado, sirve de fundamento de la imposición en cuanto que el gravamen recaerá sobre los sujetos que tengan la capacidad de soportar dicha carga tributaria. Por otra parte, funciona como límite para el legislador, en el sentido de exigirle que siempre que establezca un tributo, éste debe recaer sobre una manifestación, directa o indirecta, de capacidad económica.

Tal y como ya se ha señalado al abordar el principio de generalidad, el principio de capacidad económica puede operar como un límite para aquél y, a su vez, se interrelaciona con otros principios, como el de igualdad. De hecho, la capacidad económica se ha convertido en uno de los principales instrumentos para que el legislador pueda alcanzar la igualdad material (no formal) entre los ciudadanos.



c) Principio de igualdad.

El principio de igualdad en materia tributaria se formula a través de una doble máxima: gravar del mismo modo a individuos que se encuentren en la misma situación; y, gravar de diferente manera a individuos que presenten situaciones diversas. Es decir, el reparto de los tributos otorgando igualdad de trato a los contribuyentes exige tratar de forma diferente a quienes se hallan en situaciones distintas.

Pues bien, para lograr esa igualdad de carácter material, huyendo por tanto de una igualdad de carácter aritmético o formal, el legislador cuenta con útiles instrumentos entre los cuales, sin duda, la capacidad económica ocupa un lugar destacado. Atendiendo a la interacción existente entre ambos principios habrá de concluirse que cuanto mayor sea la capacidad económica de un individuo, mayor debe ser su contribución al sostenimiento de los gastos públicos, ya que sólo así podrá aspirarse a lograr una igualdad en la carga tributaria que todos soportarán. Al mismo objetivo contribuye también, como veremos a continuación, el principio de progresividad.

d) Principio de progresividad y de no confiscatoriedad.

Ciertamente, el principio de progresividad contribuye a la consecución de la igualdad, ya que aquél implica que quienes más tienen contribuyan en proporción superior a los que menos tienen. Es decir, que la carga tributaria soportada por un individuo (suma de las cuotas que satisface a través de los diversos impuestos) vaya creciendo en una proporción superior a la del incremento de su capacidad tributaria (medida por las bases impositivas). Para que un sistema tributario cumpla con este principio, no es necesario que la progresividad, tal como la hemos definido, pueda predicarse de todos y cada uno de sus impuestos; basta con que en el sistema tributario tengan peso suficiente los impuestos con carácter progresivo.

Ahora bien, la progresividad, por imperativo constitucional, tiene un límite infranqueable, este es, el principio de no confiscatoriedad. Este principio puede considerarse como una garantía para los ciudadanos estrechamente conectada al derecho a la propiedad privada. Esto es, la progresividad, que se traduce en un incremento del gravamen en una proporción superior al incremento de capacidad económica, no puede llevarse hasta el punto en el que atente contra las rentas o propiedades de los sujetos pasivos.

e) Principio de equidad o equitativa distribución de la carga tributaria

Este principio, recogido en la Constitución en referencia a los gastos públicos y en la LGT respecto del sistema tributario en su conjunto, exige que el fin último que debe alcanzar un sistema tributario sea el reparto equitativo de los tributos, pues la equidad aparece como contenido último de la justicia. A ese principio de justicia aluden tanto la Constitución como la LGT, extremo que debe colocarse en primer lugar a la hora de analizar el resto de los principios, ya que la consecución de la justicia del sistema tributario se conseguirá, en gran medida, como consecuencia de una correcta aplicación del resto de los principios analizados.

1. B. Principios de la aplicación del sistema tributario

a) Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad es exigida por la Ley General Tributaria tanto con carácter general (artículo 3.2): «La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad...», como particular. Así sucede cuando se refiere a la potestad sancionadora (art. 178); a las actuaciones del procedimiento de recaudación (medidas cautelares art. 81, embargos art. 169); y también en el procedimiento inspector (medidas cautelares art. 146). Responde a la exigencia de equilibrio entre el fin pretendido y las medidas adoptadas para su consecución.

Así pues, este principio atañe sobre todo al ejercicio de las potestades administrativas proyectado en las particularidades del caso concreto, ya que se desarrolla en el proceso valorativo de las potestades normativas. De ese modo, aplicar la proporcionalidad implica para la Administración la necesidad de tener en cuenta el presupuesto de hecho o situación a valorar, los medios que ofrece la norma y el fin perseguido.

#### b) El principio de eficacia

La eficacia alude a la necesidad de que la Administración logre desempeñar efectivamente las funciones que tiene encomendadas, que no son otras que la aplicación del sistema tributario. Este mandato está previsto con carácter general para toda la Administración pública en el artículo 103.1 de la Constitución.

#### c) Principio de limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales.

Junto a la presión fiscal directa, existe otro tipo de presión fiscal denominada indirecta que obliga al contribuyente a soportar unas exigencias formales, no pecuniarias, que tienen un importante coste adicional al de la deuda tributaria. Así, este principio pretende que la Administración imponga a los contribuyentes sólo aquellas obligaciones estrictamente necesarias, siendo claro exponente del mismo los derechos que se reconocen al obligado tributario en el artículo 34 de la Ley General Tributaria, como por ejemplo el derecho a ser informado y asistido por la Administración Tributaria o el derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante.

#### B.- Principios jurídico-formales: la reserva de ley en materia tributaria.

Los impuestos, como categoría tributaria, están sometidos al principio de reserva de ley que, fundamentalmente, puede deducirse del artículo 31.3 de la Constitución, que señala «*Sólo podrán establecerse*

*prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley*», como del art. 133 del texto constitucional, en el que se establece que “la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley”.

El principio de reserva de Ley en el ámbito tributario goza de una larga tradición histórica, cuyo fundamento se ha buscado en la idea de la autoimposición o necesidad de que los tributos sean voluntariamente aceptados por los representantes de los sujetos que están llamados a satisfacerlos. Desde este punto de vista, la reserva de ley se traduce en un modo de garantizar la democracia en el establecimiento de los tributos; la igualdad y uniformidad en el tratamiento de los ciudadanos; y la seguridad jurídica, toda vez que las normas con rango de ley son más estables que las que tienen un rango inferior.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reserva de ley se traduce en un principio sobre la producción normativa, conforme al cual sólo a través de ley pueden establecerse los tributos. Ahora bien, dicha reserva de ley no es absoluta, sino relativa, afectando fundamentalmente al establecimiento de los tributos y a la regulación de los elementos esenciales de los mismos concretados éstos en lo dispuesto en el art. 8 de la LGT.

Así pues, al margen de esas cuestiones, cubiertas por la reserva de ley, el resto de aspectos tributarios podrán ser objeto de regulación por normas de rango inferior a la ley.

## **2.d. Efectos.**

La teoría general de la imposición, además del análisis del concepto, clases y principios, requiere una breve referencia a sus efectos económicos.

Pues bien, varios son los efectos económicos que pueden derivarse de la aplicación de los impuestos, consecuencias tales como la disminución del poder adquisitivo del sujeto obligado al pago o la incidencia que los

mismos pueden tener sobre el precio de los productos que resultan gravados.

Ha sido sobre todo la doctrina hacendística la que se ha dedicado a analizar los efectos de los impuestos, resumidos en la percusión, la traslación, la incidencia y la evasión.

Por percusión se entiende el efecto directo e inmediato que los impuestos tienen sobre los sujetos que resultan legalmente obligados al pago de los mismos. El sujeto que hace frente al impuesto se verá afectado en su nivel de renta en la misma proporción que suponga el importe que deba ingresar, extremo que le obligará a disponer de esas cantidades o, en su casos, acudir al crédito en sus diversas formas.

Sin embargo, no siempre el que adeuda el impuesto es el que efectivamente lo soporta. Aparece así la traslación conectada a la percusión, que consiste en conseguir que el sujeto económico percutido traslade el impuesto pagado, total o parcialmente, a otro sujeto. De esta forma, el sujeto legalmente obligado al pago puede evitar el pago de todo o parte del impuesto establecido legalmente sobre él, mediante alteraciones en los precios de los productos o servicios que presta.

La incidencia del impuesto está en conexión con los dos fenómenos anteriores, y constituye la determinación final del peso del gravamen. Fundamentalmente, la incidencia puede ocurrir por dos vías.

Así, por vía directa, el impuesto recae sobre el percutido, sujeto pensado por la norma para soportar la carga tributaria en función de su capacidad contributiva. De este modo, el sujeto percutido soporta en su economía la carga del impuesto ocupando la posición de sujeto percutido e incidido

Por vía indirecta la incidencia del tributo se conecta con la traslación, ya que el impuesto acabe incidiendo, por vía indirecta y a consecuencia de

la traslación, sobre un sujeto diferente al percutido. Así, el sujeto incidido es aquél que soporta la traslación.

Finalmente, como concepto opuesto al de la percusión hay que aludir a la evasión. Su significado dentro del proceso de aplicación del impuesto es tal que en el caso de que exista evasión, se podrá decir que no hay percusión ni tampoco los demás efectos derivados de ella.

La evasión es la consecuencia de la decisión del sujeto destinatario del impuesto de sustraerse a la obligación jurídica de pagar la deuda correspondiente. Se suele diferenciar entre lo que se considera evasión ilegal, traducida fundamentalmente en el fraude fiscal, y la evasión legal o legítima, consistente en el aprovechamiento legítimo de las múltiples posibilidades que ofrece el legislador para reducir o evitar el pago del tributo. Así, el contribuyente tiene la posibilidad de dejar de consumir o producir los bienes o servicios o, en general, la actividad sujeta a imposición e incluso de aprovechar lagunas del ordenamiento jurídico para evitar que un impuesto recaiga sobre él o, en su caso, que le afecte en la menor medida posible.

### **3.- LOS IMPUESTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.**

Son impuestos directos aquellos que recaen sobre manifestaciones directas de capacidad económica y en los que, además, se establece que la obligación de pago del impuesto recaiga sobre un determinado sujeto que no tiene el derecho legal de resarcirse, a cargo de otra persona ajena a la obligación tributaria principal, del importe pagado a la Hacienda Pública.

Son impuestos directos:

*Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF)*

Se trata de un impuesto directo y de carácter personal y subjetivo que grava la renta obtenida por las personas físicas residentes en territorio

español, de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares. Su objeto imponible es la renta del contribuyente con independencia del lugar donde se haya producido y cualquiera que sea el lugar de la residencia del pagador. Se trata de un impuesto parcialmente cedido a las CCAA. Su regulación actual se encuentra en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2007, y el Reglamento del impuesto, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

#### *Impuesto sobre Sociedades (IS)*

Es un impuesto directo y de carácter personal, proporcional y periódico que grava la renta obtenida por las personas jurídicas residentes en territorio español a lo largo del ejercicio económico. Actualmente regulado en el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, y el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, que aprueba su Reglamento.

#### *Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR)*

Es un impuesto directo y de carácter real, que grava las rentas obtenidas en territorio español por las personas físicas y jurídicas residentes en el mismo. La Ley distingue entre las rentas obtenidas por un no residente a través de establecimiento permanente y las obtenidas sin mediación de tal establecimiento permanente. Su normativa reguladora la encontramos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y el Real Decreto 1776/2004 de 30 de julio, que aprueba su Reglamento, donde se regula de forma unitaria la tributación de los no residentes en los impuestos sobre las rentas (IRPF e IS), lo que anteriormente se conocía como “*sujeción por obligación real de contribuir*” en los citados impuestos.

#### *Impuesto sobre Patrimonio (IP)*

Es un impuesto directo, personal, progresivo, nominal y general, que recae sobre el patrimonio neto de las personas físicas, entendiendo por patrimonio neto el conjunto de bienes y derechos de contenido económico, de que sea titular la persona física, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder.

Está regulado por Ley 19/1991 de 6 de junio. Con efectos desde el 1/1/2008, mediante la Ley 4/2008 de 23 de diciembre, se suprime el gravamen derivado de este impuesto mediante la aprobación de una bonificación general del 100% de la cuota íntegra; por tanto se mantiene la norma reguladora del impuesto, si bien se derogan algunos de sus artículos, como el de la obligación de declarar. Con ello no solo se ha producido una evidente pérdida recaudatoria, sino también se pierde la labor de control que desempeñaba este impuesto, siendo sustituida por la información obtenida a través de las declaraciones informativas previstas en el Real Decreto 1065/2007, de 27 julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria, y la disponible en los registros públicos (Ej.: Catastro ).

### *Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD)*

Se trata de un impuesto directo, progresivo y subjetivo, que grava los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito por las personas físicas, tanto por actos *inter vivos*, como *mortis causa*. Esta regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y por el Real Decreto 1629/1991, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto. Se trata de un impuesto cedido a las CCAA.

Los impuestos anteriores son de titularidad estatal, sin perjuicio de algunos de ellos se hallen cedidos, total o parcialmente, a las CCAA.



Dentro del sistema tributario local, son impuestos directos, regulados en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, los siguientes:

*Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)*

Es un impuesto directo, real y periódico, que grava el valor de determinados bienes inmuebles. Así, su hecho imponible está constituido por la titularidad de determinados derechos sobre bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre inmuebles de características especiales. Tales derechos serán el de propiedad, usufructo, superficie o el de una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.

*Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE)*

Es un impuesto directo, real y periódico, que grava el mero ejercicio en el territorio nacional de actividades económicas (empresariales, profesionales y artísticas), se ejerzan éstas o no en local determinado y estén o no especificadas en las tarifas del impuesto.

*Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM)*

Es un impuesto directo, real y periódico, que grava la titularidad de vehículos de tracción mecánica aptos para circular por la vía pública. Se consideran aptos todos los vehículos que hayan sido matriculados en los registros públicos, en tanto no causen baja en los mismos.

*Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)*

Es un impuesto directo y real que grava el incremento de valor que experimenten los terrenos urbanos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

#### **4. IMPUESTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.**

Tal y como se señaló anteriormente, los impuestos indirectos son los que recaen sobre manifestaciones indirectas de capacidad económica, como el gasto o el consumo de bienes o servicios. Por otra parte, es en los impuestos indirectos donde se aplica el mecanismo de la repercusión de la cuota tributaria, extremo que obliga al sujeto pasivo del impuesto a trasladar a un tercero, ajeno al círculo de obligados por la relación jurídico tributaria principal, el importe de su cuota tributaria. De ese modo el sujeto pasivo a título de contribuyente puede obtener de otra persona el reembolso del impuesto (cuota tributaria) satisfecho por él.

Son impuestos indirectos:

*Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)*

Es un impuesto de naturaleza indirecta y real, que recae sobre el consumo y grava, en la forma prevista en su ley reguladora, las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios y profesionales en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, las adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de bienes.

Se trata un impuesto que grava todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizados en las distintas fases de una cadena de producción o comercialización, pudiendo el empresario o profesional deducirse el IVA soportado en cada fase, deducción que no podrá realizar el consumidor final que es, en última instancia, el sujeto sobre el que recae el tributo y el que exterioriza la manifestación de capacidad económica que el legislador quiere gravar, esto es, el consumo de bienes y servicios.

Es un impuesto armonizado parcialmente en la Comunidad Europea, de forma que la legislación interior de los Estados miembros debe adaptarse a las normas comunitarias dictadas al efecto. Está regulado por

la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, y el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba su reglamento.

*Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD)*

La regulación vigente se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP-AJD, y el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento.

Bajo la denominación de ITP y AJD existen, realmente, tres impuestos diferentes que permiten hablar de tres modalidades de gravamen.

En primer lugar, bajo la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), se someten a imposición entre otras transmisiones, las transmisiones onerosas por actos inter vivos de bienes y derechos, no vinculadas a una operación empresarial o profesional (por ejemplo, la venta de un piso por un particular).

En segundo lugar, puede hablarse de la modalidad de operaciones societarias (OS), en virtud de la cual se someten a gravamen las transmisiones, transferencias o desplazamientos de capitales derivados de las operaciones a que se refiere su propia denominación legal (constitución de sociedades, ampliación de capital, reducciones de capital, etc.).

Por último, en la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD), se grava fundamentalmente la "formalización", y por ello, se someten a tributación por esta modalidad los documentos notariales (v. gr. escrituras públicas), documentos mercantiles (ej. letras de cambio) y documentos administrativos (ej. anotaciones preventivas practicadas en un registro público).

Entre esas tres modalidades han de tenerse en cuenta las incompatibilidades establecidas por la normativa reguladora del impuesto,

de forma que, por exemplo, la modalidade de TPO no es compatible con la de OS, de tal modo que nunca un mismo acto puede liquidarse por ambas modalidades.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta, por su relevancia, la incompatibilidad de la modalidade TPO con el IVA, al que ya se ha hecho referencia.

### *Impuestos Especiales (II.EE.)*

Bajo la denominación de Impuestos Especiales se ubican un conjunto heterogéneo de impuestos sobre consumos específicos de productos tales como el petróleo, el alcohol o el tabaco. Son impuestos de naturaleza indirecta que gravan la fabricación, importación y, en su caso, introducción en el ámbito territorial interno determinados bienes, así como la matriculación de determinados medios de transporte. Su regulación se encuentra en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre y en el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba su Reglamento.

Tienen la consideración de Impuestos Especiales:

- Los Impuestos Especiales de Fabricación que comprenden:

#### 1. Impuestos especiales sobre el Alcohol y Bebidas Alcohólicas

- a. Impuesto sobre la Cerveza,
- b. Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas
- c. Impuesto sobre Productos Intermedios
- d. Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas

#### 2. El Impuesto sobre Hidrocarburos

#### 3. El Impuesto sobre las Labores del Tabaco

#### 4. El Impuesto sobre la Electricidad.

- El Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, que grava la primera matriculación definitiva en España de vehículos, embarcaciones y aeronaves
- El nuevo Impuesto Especial sobre el Carbón, que recae sobre la puesta a consumo de este mineral y que no representa, con carácter general, una carga tributaria efectiva para el carbón que se consume en nuestro país.

#### *Impuesto sobre las primas de seguros (IPS)*

El Impuesto sobre Primas de Seguros se creó por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a fin de adecuar el sistema impositivo español con el de la Unión Europea. A este impuesto se sujeta la realización de operaciones de seguro y capitalización concertadas por aseguradoras que operen en España.

#### *Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (IVMDH)*

Este impuesto de naturaleza indirecta creado mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y grava las ventas minoristas de gasolinas, gasóleos, fuelóleo y queroseno y sus rendimientos quedan afectados a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria.

#### *Impuestos aduaneros.*

Los impuestos aduaneros son los que tienen por objeto el tráfico internacional de mercancías. Actualmente son tributos de regulación comunitaria, por lo que los Estados miembros tienen encomendado el ejercicio de las potestades tributarias, pero no su titularidad, que pertenece a la Unión Europea.

El Real Decreto Legislativo 1299/1986, de 28 de junio, modificó el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas con el fin de adecuarlo a las Directivas Comunitarias relativas a la armonización

de disposiciones en materia de deuda aduanera, de despacho a libre práctica y del despacho de exportación y la regulación comunitaria de la asistencia mutua en materia de cobro.

Dentro del sistema tributario local también es posible hablar de impuestos de carácter indirecto como es el caso del *Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO)* regulado en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Es un impuesto indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, sea haya obtenido o no dicha licencia, siempre que la expedición corresponda al Ayuntamiento de la imposición.

Pilar Alvarez Barbeito

*Bibliografía:*

Martín Queralt J.,(y otros): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 21 edición, Tecnos. 2010.

CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Derecho financiero. Parte General*, 14ª edición, Civitas-Thomson, Navarra, 2010.

Albi. E.; González-Páramo, J.M. y Zubiri, I.: *Economía Pública II*. Ariel Economía. 2006

Ferreiro Lapatza, J.J. (y otros): *Curso de Derecho Tributario (Parte especial. Sistema tributario. Los tributos en particular)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

## **8. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LAS TASAS: NATURALEZA; NORMAS BÁSICAS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO; PRINCIPALES SUPUESTOS. LOS PRECIOS PÚBLICOS.**



## **TEMA 8**

### **TEMA 8. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LAS TASAS: NATURALEZA; NORMAS BÁSICAS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO; PRINCIPALES SUPUESTOS. LOS PRECIOS PÚBLICOS.**

#### **1. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.**

La regulación constitucional del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, como es el caso de Galicia, se encuentra recogida en los artículos 156 y 157 de la Constitución. Es el primero de estos preceptos el que alude al principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a principios tales como el de coordinación con la Hacienda Estatal y el de solidaridad entre todos los españoles. Por su parte, el artículo 157 enumera los recursos de las Comunidades Autónomas, remitiendo a una Ley Orgánica la regulación del ejercicio de sus competencias financieras, texto legal que se aprobó por Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), reformada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre.

Por su parte, el artículo 3 de la LOFCA creó el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas con el objetivo de adecuar la coordinación entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado. Pues bien, ha sido en el seno de este órgano donde se han alcanzado los distintos acuerdos que han ido configurando el concreto sistema de financiación de las CCAA de régimen común aplicable en cada momento, habiéndose desarrollado varios modelos de financiación que se han ido sucediendo en el tiempo. Así, el

actual sistema de financiación de las CCAA de régimen común, aplicable desde el 1 de enero de 2009, es consecuencia del Acuerdo 6/2009, de reforma del sistema de financiación autonómica y ha sido regulado por la [Ley 22/2009, de 18 de diciembre](#), por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Pues bien, en ese marco normativo han de moverse las CCAA de régimen común a la hora de establecer sus distintas fuentes de financiación.

De acuerdo con lo anterior, y en una primera aproximación atendiendo a la normativa vigente, el sistema de recursos con los que cuentan las CCAA se estructura, siguiendo los dictados del art. 157 de la CE, en:

- 1. Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; Recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.*
- 2. Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.*
- 3. Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.*
- 4. Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de Derecho privado.*
- 5. El producto de las operaciones de crédito”.*

De entre todos ellos nos referiremos aquí al segundo grupo de recursos aludido, que comprende lo que en definitiva pueden denominarse los “tributos propios” de las CCAA, definidos como aquellos en los que la Comunidad Autónoma determinará tanto su establecimiento como sus elementos esenciales, ocupándose además de la gestión de los mismos.

Su legitimidad deriva de la propia Constitución que, en su art. 133 dispone que “*La potestad originaria para establecer los tributos*

*corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.*

Así las cosas, estamos ante una potestad tributaria derivada que la CCAA han de ejercer dentro de sus competencias y respetando los límites impuestos por las normas citadas.

En ese sentido, el precepto constitucional que acaba de reproducirse introduce ya un límite a la potestad de las CCAA para establecer sus propios tributos, limitación traducida en lo dispuesto por la “Constitución y las leyes”, derivada del principio de jerarquía normativa y referida tanto a nuestra Norma Fundamental como a aquellas otras normas, tanto estatales como territoriales, que hayan de ser respetadas por las Comunidades Autónomas al establecer sus propios tributos en virtud del referido principio.

En segundo lugar, destaca la limitación establecida en el artículo 6 de la LOFCA, prohibiendo que los tributos de las CCAA puedan recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado. Este precepto ha sido interpretado de formas diversas por la doctrina de entre las cuales la que ha tenido una mayor acogida es la posición defendida por autores como RODRÍGUEZ BEREIJO estimando que “la correcta interpretación del precepto debe moverse entre los dos valores en tensión, de una parte el respeto al sistema tributario del Estado y de otra el poder tributario propio que no puede quedar reducido a la nada por el Estado. Las Comunidades Autónomas no pueden establecer tributos cuyos elementos configuradores esenciales, elementos subjetivos y objetivos del hecho imponible, sean esencialmente iguales a los de un tributo estatal”.

Pues bien, al igual que sucede con los tributos en el ámbito estatal, también en el autonómico los tributos propios de las Comunidades



Autónomas pueden clasificarse en impuestos, tasas y contribuciones especiales, categorías tributarias definidas todas ellas en el artículo 2 de la LGT.

Así, dicho precepto, tras definir a los tributos como *“los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos”*, define a cada una de sus especies.

Así, se refiere a los impuestos como *“los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”*.

Por su parte, las contribuciones especiales se identifican con *“los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”*.

Por lo que atañe a las tasas, la LGT se refiere a ellas como *“los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”*.

Pues bien, teniendo en cuenta que todas estas categorías tributarias pueden formar parte de los tributos propios de las distintas CCAA, nos

referimos a continuación a los establecidos, en concreto, en la Comunidad Autónoma de Galicia.

## IMPUESTOS PROPIOS.

Tal y como se desprende de la LGT, los impuestos “son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”, figura tributaria que las CCAA podrán establecer dentro del ámbito de sus tributos propios siempre y cuando se respeten las limitaciones establecidas a estos efectos por la normativa vigente. En ese sentido, además del límite al que se refiere con carácter general el art. 6 de la LOFCA, al que ya hemos aludido, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 9 de este texto legal, en el que se alude expresamente a la obligación de las CCAA de respetar, en el establecimiento de sus impuestos propios, los siguientes principios:

- a) No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.
- b) No podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo.
- c) No podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de Empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo. Uno. a), ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades.

Respetando las limitaciones y principios expuestos, la Comunidad Autónoma de Galicia ha establecido, como impuestos propios, los siguientes:

A) Impuesto sobre el Juego del Bingo.

Este impuesto, establecido por la Ley 7/1991, de 19 de junio, de Tributación de juegos de suerte, envite o azar de Galicia, grava, atendiendo a su art. 1 (modificado por la Ley 15/2010, de 28 de diciembre), “la participación en el juego del bingo en los locales donde este se celebre u organice”, quedando “exento del pago de este impuesto el juego del bingo que se considere excluido del ámbito de aplicación de la Ley reguladora del juego de Galicia”

B) Canon del agua

A tenor de la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia, el Canon del agua “es un tributo propio de la Comunidad Autónoma de Galicia con naturaleza de impuesto de carácter real e indirecto y de finalidad extrafiscal” cuya recaudación queda afectada al desarrollo de programas de gasto que promuevan determinados fines como, por ejemplo, la consecución de objetivos medioambientales. Su hecho imponible recae sobre el uso y consumo, real o potencial, del agua en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, con cualquier finalidad y mediante cualquier aplicación, a causa de la afección al medio ambiente que su utilización pudiera producir.

C) Impuesto sobre la contaminación atmosférica.

Este impuesto, regulado por la Ley gallega 12/1995, de 29 de diciembre, recae sobre las emisiones cuyos focos se hallen ubicados dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, estando afectados los ingresos procedentes de este impuesto, fundamentalmente, a financiar actuaciones de las Comunidad en materia de protección medioambiental y conservación de los recursos naturales de Galicia.

D) Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada.

Este impuesto, establecido por la Ley gallega 15/2008, de 19 de diciembre, es un tributo propio de la Comunidad Autónoma de Galicia, de naturaleza real y finalidad extrafiscal, que somete a gravamen el daño medioambiental causado por la realización de determinadas actividades que utilizan agua embalsada. Su finalidad es tanto la de compensar los efectos negativos a que se encuentra sometido el entorno natural de Galicia por la realización de actividades que afectan a su patrimonio fluvial natural, como la de reparar el daño medioambiental causado por dichas actividades.

## CONTRIBUCIONES ESPECIALES.

A tenor del art. 2.2. b) de la LGT, las “contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”.

Así pues, las contribuciones especiales constituyen una categoría tributaria adecuada a la financiación de las obras públicas y el establecimiento o ampliación de los servicios públicos teniendo en cuenta

en el ámbito autonómico, como apunta el art. 8.2 de la LOFCA, que la recaudación por estos tributos no puede superar el coste de la obra o del establecimiento o ampliación del servicio soportado por la Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere en concreto a la Comunidad Autónoma Gallega la incidencia recaudatoria de esta categoría tributaria es escasa, aunque existen varias normas que hacen referencia a la posibilidad de establecer tales tributos dentro de determinados ámbitos materiales. Así, la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias de Galicia establece que el sistema integrado de protección civil y emergencias de Galicia podrá financiarse, entre otros recursos, vía contribuciones especiales.

Más explícito es el art. 22 de la Ley 4/1994, de 14 de septiembre, de Carreteras de Galicia, que prevé que “el Consello de la Xunta de Galicia acordará, mediante decreto aprobado a propuesta de las consellerías competentes en materia de economía y hacienda y de carreteras, el establecimiento de contribuciones especiales en los supuestos a que se refiere la presente ley, las cuales sólo podrán referirse a la red de titularidad de la Comunidad Autónoma”.

Pues bien, tales contribuciones especiales podrán imponerse cuando de la ejecución de las obras que se realicen para la construcción de carreteras, accesos o vías de servicio resulte la obtención por personas físicas o jurídicas de un beneficio especial, aunque éste no pueda fijarse en una cantidad concreta, beneficio que puede concretarse, por ejemplo, en un aumento de valor de determinadas fincas a causa de la ejecución de las obras.

De ese modo, aquellos que se benefician de modo directo con las carreteras, accesos o vías de servicio y, especialmente, los titulares de las fincas y establecimientos contiguos y los de las urbanizaciones que



resulten mejoradas en su comunicación, serán sujetos pasivos de esos tributos, repartiéndose entre ellos, con arreglo a criterios objetivos, el importe de las contribuciones especiales.

## **TASAS.**

La tercera de las categorías tributarias que pueden formar parte de los tributos propios de las CCAA son las tasas, a las que nos referimos en el siguiente apartado.

## **2. LAS TASAS: NATURALEZA; NORMAS BÁSICAS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO; PRINCIPALES SUPUESTOS.**

### **NATURALEZA**

Tal y como señala el art. 2 de la LGT, las tasas son *“los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”*. El concepto de tasa ha sido modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, suprimiendo el párrafo que la redacción originaria de la LGT de 2003 establecía a continuación del antes transcrito, señalando que *“Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”*.

Pues bien, del precepto antes reproducido cabe destacar que los Entes públicos con potestad tributaria pretenden, a través del

establecimiento de las tasas, financiar servicios públicos y actividades desarrolladas por órganos de la Administración que, en buena medida, resultan indispensables para el ciudadano y cuyo coste real recae sobre los beneficiarios directos de los mismos. Ahora bien, el pago de la tasa no debe identificarse con una “contraprestación retributiva” de los servicios públicos que el ciudadano recibe de las Administraciones públicas, sino la medida de su contribución al mantenimiento de ese servicio.

Esto es, el término “contraprestación”, presente tanto en la definición de la tasa como en la de las contribuciones especiales, no debe entenderse en el mismo sentido que cabe atribuirles en el seno de las obligaciones bilaterales y sinalagmáticas, sino que habrá de ser aplicado en el sentido de entender que en ambos casos la contribución del sujeto puede identificarse con una actividad concreta a desarrollar por la Administración. En ese orden de cosas, la ausencia de dicha expresión en el concepto de impuestos ha de relacionarse con el hecho de que los ingresos recaudados a través de esta categoría tributaria no están afectos o vinculados a una concreta actividad administrativa, como sí sucede en las demás especies de tributos.

Aclarado lo anterior cabe afirmar que las tasas se configuran como el instrumento tributario adecuado para la financiación del coste de los servicios públicos de carácter divisible, es decir, con beneficiarios o usuarios directos e identificables caso por caso. En ese sentido, tanto el propio concepto de que las tasas ofrece la LGT, como el reproducido en la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos, que contiene la regulación a nivel estatal de estos tributos, ofrecen una definición de su hecho imponible ajustada a lo señalado.

En efecto, atendiendo a tales normas el hecho imponible de las tasas está constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento del dominio público, o bien por la prestación de servicios o realización de

actividades en régimen de derecho público, expresiones que analizamos a continuación.

a) La utilización privativa o el aprovechamiento del dominio público.

En este caso el legislador se refiere a la utilización por un particular de los bienes que son de dominio público o que su aprovechamiento especial requiere, como es lógico, una autorización por parte del ente público titular de aquellos. Así, si un particular quiere explotar o utilizar un bien de dominio público (por ejemplo, una mina) debe acudir a su titular y solicitar una autorización previo pago de una prestación patrimonial.

Otros casos serían, por ejemplo, la ocupación de la vía pública que implica la prohibición de aparcar delante de un garaje, o la exigida a la compañía de teléfonos por ocupar la vía pública al realizar en ella zanjas para efectuar el cableado de un barrio. Las tasas en todos los casos se cobran por la autorización que ha de solicitarse para llevar a cabo esas actividades.

b) Prestación de servicios o realización de actividades en régimen de derecho público

En este caso el hecho imponible está representado por la prestación o realización por parte de la Administración de algún servicio o actividad que, de manera particular, se refiere, afecta, o beneficia a un obligado tributario (éste sería el caso de la expedición del DNI, de la solicitud y concesión de una licencia de obras, o de la solicitud de un expediente académico). Son actividades desarrolladas por la Administración que incumben a un particular en concreto.

Ahora bien, para que la prestación o realización de esas actividades o servicios en esas condiciones origine una obligación del pago de una tasa por parte de un sujeto, esas actividades o servicios tienen que prestarse con las siguientes condiciones:

- “que los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios”. Así pues, la solicitud de la actividad administrativa o la recepción del servicio administrativo ha de ser obligatoria (ausencia de voluntariedad) para el administrado (ej. solicitud del DNI), o bien prestarse sin necesidad de solicitud (ej. servicio de recogida de basuras).
- “que los servicios o actividades no se presten o realicen por el sector privado”. Esto es, el sector público ha de ser el único que preste el servicio o realice la actividad, sea fruto de una reserva por la normativa vigente o no. Es decir, si el administrado quiere recibir ese servicio, obligatoriamente debe dirigirse a la administración para solicitarlo.

Estas dos circunstancias eran exigidas en regulaciones anteriores de forma conjunta, lo que conllevaba la reducción o limitación de la aplicación de la categoría de las tasas, pues, en el caso de no presentarse alguna de ellas se originaba el pago de una prestación diferente a una tasa (precio público). En la actualidad basta con que concurra una de ellas, con lo que se el concepto de tasa resulta ampliado en detrimento del de precio público. Las consecuencias de esa modificación son muy relevantes, toda vez que mientras en el caso de las tasas estamos ante prestaciones patrimoniales de carácter coactivo, sometidas al principio de reserva de ley, dicho principio no tiene incidencia sobre los precios públicos. De ese modo, la necesidad de que tenga que ser una norma con rango de ley la que establezca las tasas, así como la regulación de sus elementos esenciales, no opera respecto de los precios públicos, tal y como se examinará posteriormente.

## **NORMAS BÁSICAS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO**

Continuando con el examen de las tasas, es necesario reparar en los principales aspectos de su régimen jurídico, algunos de los cuales pueden ya deducirse del concepto que de las mismas ofrece la LGT así como la Ley

8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos, normas de carácter supletorio respecto de la legislación que sobre la materia establezcan las CCAA y Haciendas Locales, por lo que nos referiremos a continuación a la normativa vigente al respecto en la Comunidad Autónoma Gallega.

En esta Comunidad, la regulación básica relativa a tasas y precios públicos está recogida en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre, de tasas, precios y exacciones reguladoras de la Comunidad Autónoma de Galicia, desarrollada por el Decreto 61/2005, de 7 de abril, por el que se dictan las normas para la aplicación de las tasas y precios de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo, serán de aplicación el Decreto Legislativo 1/1999 (TRLRFPGa) y, con carácter supletorio, la Ley General Tributaria y sus disposiciones de desarrollo.

Pues bien, el artículo 7 de la ley gallega, en términos similares a los empleados por la LGT, define las tasas de la Comunidad Autónoma de Galicia como *“los tributos creados por ley o transferidos por sus corporaciones locales o el Estado en el marco de la transferencia de servicios y competencias a ésta, cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia o en la entrega de bienes, prestación de servicios o realización de actividades en régimen de derecho público por parte de los sujetos activos a que se refiere el artículo 3 de la presente ley, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo, siempre y cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:*

*Primera. Que la entrega de bienes, prestación de servicios o realización de actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados:*

*\* cuando venga impuesta por las disposiciones legales o reglamentarias, o*

*\* cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.*

*Segunda. Que no se entreguen, presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente”.*

Básicamente los términos de este concepto ya han sido analizados por lo que únicamente cabe destacar aquí la concreción que la ley autonómica hace sobre la obligatoriedad o ausencia de voluntariedad en la solicitud de los bienes, servicios o actividades que presta la Administración. En ese sentido, considera que esta circunstancia se constatará, entre otros aspectos, cuando dichas prestaciones sean “imprescindibles para la vida privada o social del solicitante”. Este inciso ha sido criticado por la doctrina debido a la rigidez del término “imprescindible” cuya aplicación práctica planteará, sin duda, dificultades. Piénsese así que una determinada actividad administrativa que se preste también por el sector privado puede resultar imprescindible para un sujeto dependiendo, por ejemplo, de su capacidad económica. Así, para un administrado puede ser imprescindible estudiar en una Universidad pública aunque en su misma ciudad exista una Universidad privada.

Al margen de lo anterior, las normas básicas de su régimen jurídico son las siguientes:

- El establecimiento de las tasas y la regulación de sus elementos esenciales se harán mediante norma con rango de ley del Parlamento de Galicia, instrumento normativo que también se utilizará para el establecimiento, supresión y prórroga de exenciones y bonificaciones. Así pues, regirá el principio de reserva de ley, común a todas las figuras tributarias.
- En cuanto las características del tributo lo permitan, se tendrá en cuenta, para la fijación de la cuota tributaria de las tasas, la



capacidad económica del sujeto pasivo, en especial cuando se establezcan consumos o impongan actividades susceptibles de afectar a todos los ciudadanos.

- Por otra parte, rige el principio de equivalencia en virtud del cual el rendimiento total previsible de la tasa no podrá exceder, en su conjunto, del coste total de producción del bien, servicio o actividad. Además, en el caso de la tasa por la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia se tomará como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de la misma.
- Los sujetos pasivos de las tasas, a título de contribuyentes, lo serán las personas físicas o jurídicas que soliciten o provoquen las actuaciones administrativas que constituyen el hecho imponible. Respecto de esta cuestión ha de repararse en el hecho de que la ley 6/2003 considere como sujetos pasivos de las tasas a los entes a los que se refiere el art. 35.4 de la LGT. Esto es, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades carentes de personalidad jurídica que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición.
- Las tasas se devengarán según la naturaleza del hecho imponible:
  - a) cuando se conceda la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia o cuando se inicie la prestación del servicio, realice la actividad o entregue el bien, sin perjuicio de la posibilidad de exigir su depósito previo.
  - b) Cuando se presente la solicitud que inicie la actuación o expediente, que no será realizada o tramitado sin que se efectúe el pago correspondiente.

Además, cuando las tasas se devenguen periódicamente, una vez notificada la liquidación correspondiente al alta en el respectivo registro, padrón o matrícula, podrán notificarse colectivamente las sucesivas liquidaciones mediante anuncios en el «Diario Oficial de Galicia ».

- Por lo que atañe a la cuota tributaria, ésta podrá consistir en una cantidad fija señalada al efecto; determinarse por aplicación de un tipo de gravamen sobre una base imponible; o establecerse por aplicación de ambos métodos conjuntamente. Ahora bien, cualquiera que sea el método escogido, (excepto en la tasa por utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuya cuota se fijará tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de la misma), en términos generales las cuotas deben atender al coste medio real o previsto para la entrega del bien, prestación del servicio o realización de la actividad de que se trate, o, en su defecto, al valor de la prestación recibida.
- Respecto al devengo, además de las normas que lo regulan para cada tipo de tasa, existen una disposición de carácter general, que prevé la posibilidad de exigir su depósito previo, la posibilidad de notificación colectiva mediante anuncios en el Diario Oficial de Galicia de las liquidaciones de tasas que se devenguen periódicamente, una vez notificada la liquidación correspondiente al alta en el respectivo registro, padrón o matrícula, y la prohibición de realizar la actuación o tramitar el expediente iniciado con la solicitud del interesado sin que se efectúe el pago de la tasa correspondiente.





- En términos generales, el pago de las tasas podrá exigirse bien en cualquier momento entre la solicitud y el devengo o bien en el momento de la solicitud cuando ésta coincida con el devengo.

Respecto a la aplicación de estos tributos, la ley gallega atribuye la gestión y liquidación de cada tasa a los órganos de la Administración que concedan la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la CA de Galicia, suministren el bien, presten el servicio o realicen la actividad gravada.

### **PRINCIPALES SUPUESTOS.**

La Ley 6/2003, de 9 de diciembre, de tasas, precios y exacciones reguladoras de la Comunidad Autónoma de Galicia, establece las tasas siguientes:

- a) La tasa por servicios administrativos.

Su hecho imponible está constituido por la prestación de cualquier servicio administrativo que se refiera, afecte o beneficie de un modo particular a los sujetos pasivos, en cada una de las modalidades siguientes:

- a) Modalidad de autorizaciones: por la concesión de autorizaciones, permisos, licencias, guías, expedición de títulos, diligenciado de libros y, en general, documentos que faculten al sujeto pasivo para realizar una actividad sometida legalmente a dicha condición previa.
- b) Modalidad de registro: por la inscripción en registros, matrículas o relaciones mantenidas por la administración en tanto resulte obligado para el desarrollo de una actividad o ejercicio de un derecho por parte del sujeto pasivo.
- c) Modalidad de certificaciones: por la verificación de documentos, expedición de certificaciones, copia de archivos y elaboración de documentos acreditativos de información que obre en archivos o registros públicos.

No se exigirá la tasa por servicios administrativos, además de por los supuestos de rentas exentas contemplados en la ley, cuando se trate de compulsas o cotejos de documentos que hayan de acompañarse a solicitudes, escritos o comunicaciones presentados por el ciudadano y realizados en el ámbito de actuación de los registros según lo dispuesto en el artículo 38.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

b) La tasa por servicios profesionales.

Constituye su hecho imponible la prestación de los servicios que se refieran, afecten o beneficien de un modo particular a los sujetos pasivos, previa solicitud de éstos, en cada una de las siguientes modalidades:

a) Modalidad de actuaciones administrativo-facultativas: servicios administrativos, análogos a los sometidos a la tasa por servicios administrativos, cuando la prestación de los mismos requiere que se lleve a cabo bajo la dirección de un profesional facultativo.

b) Modalidad de actuaciones profesionales: servicios de asesoramiento, consulta, dirección técnica de obras, emisión de informes, análisis, dictámenes u opiniones profesionales y, en general, actividades que exigen la cualificación que tiene el profesional que las presta.

c) La tasa por venta de bienes.

Constituye su hecho imponible la entrega de los bienes solicitados. En caso de que el suministro del bien consista en entregas parciales, el hecho imponible se entenderá realizado en cada una de ellas.

d) La tasa por utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Constituye su hecho imponible la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia, devengándose el tributo, con carácter general, en el momento

de la notificación del otorgamiento del permiso de ocupación temporal, de la concesión administrativa o de cualquier otra autorización, respecto al año en curso y el 1 de enero en los sucesivos años.

### **3. LOS PRECIOS PÚBLICOS.**

Con carácter general para el ámbito estatal, autonómico y local, el hecho imponible de las tasas se configura como la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, así como la prestación de servicios o realización de actividades administrativas de su respectiva competencia, cuando su solicitud o recepción sea obligatoria para el sujeto o, incluso, en aquellos casos en que, aun no estableciéndose como obligatoria, no pueda, sin embargo, considerarse voluntaria al tratarse de un servicio indispensable para la vida privada o social o al ser el sector público el único oferente del servicio o realizados de la actividad.

A diferencia de las tasas, se han calificado como Precios públicos, tal y como señala el artículo 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos, “las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados”.

Es decir, para apreciar la existencia de un precio público y desechar la existencia de una tasa han de darse conjuntamente tanto la voluntariedad en la solicitud como la inexistencia del sector privado para la prestación del servicio o la realización de la actividad que demanda el solicitante. En esos casos los administrados tienen la opción de acudir al ente público para recibir el servicio o la actividad (pagando un precio público) o acudir al sector privado, que también presta esa actividad, abonando un precio privado. En otro caso, la falta de libertad o, si se quiere, la coactividad derivada de la necesidad ineludible de acudir al ente público si se desea obtener el servicio o la actividad de que se trate

determinan la presencia de una tasa, con las consecuencias que de ello de derivan.

De esa manera los precios públicos responden a la cada vez más plural actividad de las Administraciones. La prestación de servicios no esenciales en régimen de competencia con los sujetos privados se inscribe en esta pluralidad. Así, el acceso a instalaciones deportivas, actividades culturales.... no son servicios esenciales, pero tampoco son actividades privadas de la Administración, dado que son prestadas en régimen de Derecho público.

Pues bien, la coactividad que caracteriza a las tasas, como categoría tributaria que son, no está presente en los precios públicos, ya que Administración ofrece servicios que también pueden negociarse con particulares. Por ese motivo, los precios públicos son prestaciones que no se hallan cubiertas por el principio de reserva de ley en virtud del cual “solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

Recapitulando, si para considerar que existe coactividad en la prestación es suficiente la presencia de uno de los dos requisitos apuntados, esto es, tanto la mencionada obligatoriedad como el monopolio en la prestación del servicio por parte de la Administración, la conclusión es que para que una prestación no se considere coactiva han de concurrir tanto la libertad como el no monopolio. Sólo en esas condiciones podremos hablar de precios públicos y, en caso contrario, estaremos en presencia de una tasa, respecto de las cuales sí rige el principio de reserva de ley, como prestaciones patrimoniales de carácter público que son.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, la regulación básica relativa a precios públicos está recogida en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre, de tasas, precios y exacciones reguladoras de la Comunidad Autónoma de Galicia, desarrollada por el Decreto 61/2005, de 7 de abril,

por el que se dictan las normas para la aplicación de las tasas y precios de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El artículo 43 de la ley gallega define los precios públicos como contraprestaciones pecuniarias percibidas por la prestación de servicios o realización de actividades efectuadas en régimen de derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados, entendiéndose en ese sentido que se prestan en régimen de derecho público los servicios sociales, sanitarios y educativos.

A tenor de lo dispuesto por la Ley 6/2003, los principales rasgos del régimen jurídico de los precios públicos pueden resumirse en los siguientes:

- No están sometidos al principio de reserva de ley, sino que se fijarán por Decreto a propuesta de la consellería de la que dependa el órgano o entidad oferente, propuesta que debe incluir una memoria en la que se haga referencia, entre otras cuestiones, al coste de prestación de los bienes o servicios de que se trate así como a la justificación de la política de precios propuesta, que requiere de un informe favorable la consellería competente en materia de hacienda.

- Los obligados al pago de los precios públicos serán los determinados en cada caso por la norma que los establezca.

- Los precios públicos se fijarán en la cuantía que cubra como mínimo los costes económicos derivados del servicio o de las actividades prestadas, pudiendo señalarse precios públicos en cuantía inferior a la indicada en el apartado anterior cuando existan razones de interés público que lo justifiquen.

Téngase en cuenta, a estos efectos, la diferencia existente con las tasas, respecto de las cuales el coste del servicio o actividad se configura como el límite máximo del importe de la tasa. Ello no debe sorprender si se

tiene en cuenta que los precios públicos son prestaciones voluntariamente asumidas por el particular por servicios que la Administración presta en concurrencia con el sector privado.

- La gestión de los precios públicos corresponde a los órganos de la Administración general, sus organismos autónomos y las entidades de derecho público dependientes o que estén vinculadas a cualquiera de los mismos, enmarcables todos ellos dentro de la Administración pública de la Xunta de Galicia, responsables de la gestión del servicio o actividad que genera el ingreso, que deberán:

a) Llevar registros separados de ingresos y gastos, de forma que resulte posible su determinación tanto conjuntamente como por el tipo de bien o servicio producido.

b) Poner en conocimiento del órgano de la Administración de la Comunidad de que dependan cualquier situación económica adversa que provoque un desequilibrio presupuestario de su gestión.

c) En todo caso, se someterán regularmente a los controles e inspecciones que correspondan por la consellería competente en materia de hacienda.

- Por su parte, los precios públicos podrán exigirse desde que se efectúe la entrega de los bienes o se inicie la prestación de los servicios que justifican su exigencia, aunque con determinados requisitos también puede exigirse la anticipación o depósito previo del importe total o parcial de los precios públicos.

- En lo que atañe al pago de los precios públicos, éste se realizará normalmente en efectivo, aunque la consellería competente en materia de hacienda podría autorizar otros medios de pago.

- Por lo que se refiere al procedimiento de recaudación, éste corresponderá a la consellería competente en materia de hacienda y se

llevará a cabo por los órganos de recaudación que reglamentariamente y a propuesta de la misma se determinen. Ha de tenerse en cuenta que las deudas por precios públicos podrán exigirse mediante el procedimiento administrativo de apremio. Por otra parte, cuando por causas no imputables al obligado al pago del precio no se realice la actividad o no se preste el servicio, procederá la devolución del importe que corresponda.

- En último lugar señalar que contra los actos de gestión podrá recurrirse en vía económico-administrativa ante la Junta Superior de Hacienda, sin perjuicio del derecho a interponer previamente, con carácter potestativo, recurso de reposición ante el órgano que dictó el acto. La resolución de las reclamaciones económico-administrativas agotará la vía administrativa.

Pilar Alvarez Barbeito

### **Bibliografía:**

RODRÍGUEZ BEREJO, A. “Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: “Límites de las Cortes Generales al establecimiento de tributos por las Comunidades Autónomas”, en *Las Cortes Generales* , vol. II, IEF, 1987.

DE LA PEÑA AMORÓS, M<sup>º</sup> DEL MAR: “Los tributos propios de las Comunidades como instrumentos de corresponsabilidad”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 117 (13-40) setiembre-diciembre 2008

MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. Y CASADO OTERO G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Tecnos. 2010.



## **VII.- DERECHO LABORAL Y SEGURIDADE SOCIAL**

# **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**

### **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 demarzo 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 términno” 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 e. 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: 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.

---

## **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 concurren 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 colaborar 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.

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 de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no podrán desarrollar directamente las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos. Ello sin perjuicio de que puedan participar con cargo a su patrimonio histórico en las sociedades mercantiles de prevención constituidas a este único fin, en los términos y condiciones que se establezcan en las disposiciones de aplicación y desarrollo.

## **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**



## **2. EL DERECHO DEL TRABAJO. SU ESPECIALIDAD Y CARACTERES. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. CONCEPTO Y NATURALEZA RÉGIMEN JURÍDICO. PARTES. PROCEDIMIENTO. CONTENIDO.**

## **TEMA 2**

### **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, 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 3.2 del ET continua diciendo que: “Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.*

*Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”.*

El principio de jerarquía normativa se consagra por la vigente constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante CE) en su artículo 9.3. y el Artículo 1.2 del CC establece que: *carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior.* Dicho principio implica, por tanto, que entre las denominadas fuentes formales existe una determinada ordenación que es jerárquica porque unas son de aplicación prioritaria sobre otras, tal prioridad supone la nulidad de la norma de rango de inferior que se opone a otra de rango superior o pretende imponérsele.

En concreto la jerarquización de las fuentes del derecho laboral es la siguiente:

1. constitución
2. tratados internacionales publicados oficialmente en España
3. leyes y disposiciones con rango de ley
4. reglamentos
5. convenios colectivos
6. costumbres y usos locales o profesionales.

La constitución se configura como norma superior del ordenamiento jurídico en ese sentido se manifiesta el artículo 5 de la Ley Orgánica del poder judicial, LO 6/1985, de 1 de julio, (en adelante LOPJ) que afirma: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

Los tratados internacionales aparecen regulados en los artículos 93 a 96 de la CE y a su carácter de fuente hace referencia el artículo 1.5 del CC, que afirma que *las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE.* En sentido similar el artículo 96 CE dispone que *los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional.*

Por lo que se refiere a las leyes y demás disposiciones con fuerza de ley únicamente señalar que se entienden incluidas las leyes orgánicas, las leyes ordinarias tanto estatales como autonómicas (que se distinguen aplicando el principio de competencia no el de jerarquía normativa), los reales decretos legislativos y los reales decretos leyes convalidados o durante ese período intermedio que abarca desde su adopción hasta la votación sobre su convalidación o derogación.

El reglamento alude a toda disposición jurídica de carácter general dictada por la administración pública y con valor subordinado a la ley y ello con independencia de que se trate de reglamentos independientes, ejecutivos o de necesidad.

El artículo 23.3 de la ley del gobierno, ley 50/1997, establece que *los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:*

- 1. disposiciones aprobadas por Real decreto del presidente del gobierno o del consejo de ministros.*
- 2. disposiciones aprobadas por orden ministerial. Ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior.*

De los convenios colectivos se tratará en el próximo epígrafe y en cuanto a los usos o costumbres locales o profesionales recordar que sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

Hay que matizar que el sistema de relaciones laborales diseñado por el constituyente se encuadra en el ámbito del estado social y democrático de derecho por lo que junto a los derechos individuales tradicionalmente reconocidos en las constituciones se reconocen una serie de derechos de contenido social que implican una actuación por parte del estado en lo concerniente al empleo en general y las condiciones de trabajo en particular.

Además hay que destacar que dentro del reconocimiento de intereses colectivos de trabajadores y empresarios se regulan por considerarlos merecedores de una especial protección los sindicatos (artículo 7) y junto a libertad sindical se reconoce y regula igualmente el derecho de huelga (artículo 28) así como el derecho a la negociación colectiva laboral (artículo 37).

Con todo es importante recoger tres puntos esenciales que definen la posición del Tribunal Constitucional en la interrelación derechos individuales-derechos colectivos:

1. 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.
2. 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.
3. 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, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, del que luego se trataré a propósito de “las partes”, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando ésta tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas exigidas por el ET y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo.

El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración. El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.

En caso de desacuerdo durante el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no

alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente párrafo.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias 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.

## **REGIMEN JURÍDICO**

El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio.

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

Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para 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 .

Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa 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, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- 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.

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 podrán ampliar la relación de condiciones de trabajo anteriormente señalada.

Salvo pacto en contrario (se entiende siempre 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 el supuesto precitado, 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.

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.

En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.

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 complementar 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 en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial 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 tales artículos.
- d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia. Salvo pacto en contrario, el plazo mínimo para la denuncia de los convenios colectivos será de tres meses antes de finalizar su vigencia.
- e) Plazo máximo para el inicio de la negociación de un nuevo convenio una vez denunciado el anterior. Salvo pacto en contrario, dicho plazo máximo será el establecido en el artículo 89.2.
- f) Plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio que se determinará en función de la duración de la vigencia del convenio anterior. Salvo pacto en contrario, este plazo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.

g) La adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que éstos no fueran de aplicación directa.

h) 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, en particular las siguientes:

1.º Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las cuestiones en materia de aplicación e interpretación de los convenios colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 91.

2.º El desarrollo de funciones de adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia (en este caso, deberá incorporarse a la comisión paritaria la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del convenio, siendo exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del ET para que los acuerdos de modificación posean eficacia general).

3.º Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, (de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3, respectivamente).

4.º La intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa.

El convenio deberá establecer los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguarda de los derechos afectados. En particular, deberá establecer los procedimientos para solucionar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha comisión, incluido su sometimiento a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

i) Medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla, y, en particular, las siguientes:

1.º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento.

2.º Los procedimientos y los períodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa.

## **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.

Así denunciado un convenio, en ausencia de regulación en los convenios colectivos, se procederá como sigue: 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, debiéndose iniciar ésta en un plazo



máximo de quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora.

El plazo máximo para la negociación de un convenio colectivo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.

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 diez 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, en virtud de la D.F. 2ª del Decreto 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).*

**\*\*\*\*\*Además es necesario mencionar las siguientes disposiciones:**

**Disposición Adicional primera: Procedimientos no judiciales:**



Sin perjuicio de la autonomía colectiva, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma adoptarán antes del 30 de junio de 2012 las iniciativas que correspondan para la adaptación de los procedimientos no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores a las previsiones contenidas en este real decreto-ley.

Hasta tanto los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado anterior establezcan los procedimientos previstos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje.

**Disposición Adicional segunda: Información sobre el alcance y el contenido de la negociación colectiva :**

Con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 el Gobierno procederá, previa consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, a adoptar las siguientes medidas:

a) Revisar los modelos de las hojas estadísticas de los convenios colectivos, establecidos en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo , sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, con el objetivo de simplificar sus contenidos, refiriendo éstos a la información relevante y de utilidad pública a efectos de la elaboración de la estadística de convenios colectivos.

b) Favorecer la utilización de los instrumentos técnicos de apoyo público que permitan una más ágil cumplimentación de los datos de los modelos oficiales de las hojas estadísticas de los convenios colectivos por parte de las comisiones negociadoras de los mismos.

c) Identificar vías adicionales de conocimiento, distintas de las hojas estadísticas de los convenios colectivos, que permitan obtener información completa y rigurosa de los contenidos de la negociación colectiva.

d) Efectuar las modificaciones normativas oportunas para considerar como dato de cumplimentación obligatoria el código del convenio colectivo aplicable en la empresa en los documentos de cotización que

mensualmente deben elaborar y remitir las empresas a la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el plazo de un mes desde la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, el Ministerio de Trabajo e Inmigración constituirá un grupo técnico de trabajo de carácter tripartito, formado por representantes de dicho Ministerio, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, con el objeto de realizar, con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, un análisis completo de la situación actual de la vigencia de los convenios colectivos, según las fuentes disponibles, y de proponer las medidas adecuadas para la generación de información útil y actualizada, de acceso público, sobre la vigencia y efectos de los convenios colectivos.

- **Disposición Transitoria primera: Régimen de aplicación temporal de las normas contenidas en este real decreto-ley:**

La normas contenidas en este real decreto-ley relativas a legitimación para negociar convenios colectivos, así como las correspondientes a la flexibilidad interna negociada, serán de aplicación respectivamente a las comisiones negociadoras que se constituyan y a los períodos de consultas que se inicien a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, manteniéndose en vigor la regulación anterior para las negociaciones y consultas ya iniciadas.

Las reglas contenidas en este real decreto-ley, relativas a los plazos para la denuncia de un convenio colectivo, plazo para el inicio de las negociaciones de un nuevo convenio y plazo máximo de negociación, serán de aplicación a aquellos convenios colectivos cuya vigencia pactada termine a partir de la entrada en vigor de aquél.

Las restantes reglas incorporadas al artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por este real decreto-ley, serán de aplicación a los convenios colectivos que se suscriban a partir de su entrada en vigor.

- **Disposición Transitoria segunda: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**

Hasta tanto se produzca la entrada en funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva establecido en el artículo 7, continuará realizando su actividad la actual Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos regulada en la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Derecho. Cuerpo Superior de la**  
**Administración de la Xunta de Galicia. Subgrupo A1**



### **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.**

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 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. Por tanto la posibilidad de sustitución 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. En resumen caracterizan al contrato de trabajo: la voluntariedad, la amenidad, la dependencia y la retribución.

En cuanto a la determinación del ámbito 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.

## **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.

Por otro lado, debe distinguirse entre relaciones laborales de naturaleza ordinaria y otras de naturaleza especial, nota 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.

## **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 sean 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. La capacidad de obrar del trabajador la regula el ET en su **artículo 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. Con todo recordar que 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”*) .
- 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: que 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: ya que, de acuerdo con lo previsto en el **artículo 7.b) ET**, podrán contratar la prestación de su trabajo “los menores de 18 y maiores de 16 años (...) con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo”. Y

finalmente tenemos la situación de capacidad plena: y es que 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 existen otros requisitos impuestos por ley, por ejemplo, la posesión de un título profesional expedido por instituciones facultadas al efecto.

Requisito adicional al de titulación puede ser el de colegiación, que es obligatoria para el ejercicio de algunas profesiones.

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 la ley 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.

Para el supuesto de que el empleador sea persona física se le reconoce capacidad al cumplir los 18 años de edad tal y como establece el **A. 315 del CC** aunque hay que reseñar que el menor de edad puede celebrar contrato laboral por medio de representante legal pero produciendo efectos en la esfera jurídica del menor.

No se puede olvidar que es requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato la prestación del consentimiento de las partes, tal y como resulta ya del **artículo 1262 del CC** “*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta e de la aceptación sobre la cosa y la causa que deben constituir el contrato*”. A su vez el precitado consentimiento puede

haberse prestado válidamente o resultar viciado , así el **A.1265 del CC** dice que *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*.

## **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.

Se exige que consten por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, así como los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito 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 (en plazo no superior a 10 días a contar desde la formalización del contrato) una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, salvo en 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.

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. 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.

## **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 éstas 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 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 el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes.

La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención.

La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo 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.

Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no se opone 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.

El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en el 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.

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, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial y se entenderá que concurren estas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

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.

Cuando, con objeto de eludir las previsiones contenidas en el ET, 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.

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.

La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá 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. El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de 6 meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo.



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 3 meses. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo.

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 y que ha sido objeto de reforma recientemente.

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 por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores o acuerdos colectivos sectoriales, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año.

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.

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.

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.
- 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.

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, 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 múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este

derecho 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 podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho 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, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla y 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.

Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres.

Finalmente y en cuanto a las vacaciones el **artículo 38 ET** 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.

También ha de considerarse: el deber de diligencia y cantidad de trabajo debida o rendimiento exigible (al que se refiere el **artículo 20.2 del ET**) y 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 que regula el **artículo 22.1 del ET**,.

- 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 el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional y 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 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.

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. Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios de referencia. 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.

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.

## **MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

La relación laboral surgida entre empresario y trabajador, en virtud del acuerdo suscrito entre ambos y plasmado en el contrato de trabajo, puede verse afectada por toda una variada serie de circunstancias a lo largo de su vida:

1. Se podrá modificar en sus condiciones.
2. Se podrá suspender temporalmente.
3. Se podrá extinguir definitivamente

El ET distingue, en cuanto a su régimen jurídico, según la modificación sea sustancial o no lo sea. La «modificación sustancial» de condiciones de trabajo se distingue, por definición, de las modificaciones no esenciales que forman parte del *ius variandi* del empresario. El carácter sustancial o esencial de la modificación contractual justifica que el procedimiento para llevarla a cabo no sea el de la pura decisión unilateral del empresario.

El **artículo 41 del ET** establece que la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y que 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.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional.

Se entenderá que concurren dichas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Tal modificación puede revestir carácter individual o colectivo. Se considera modificación de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual y se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. No obstante no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de 90 días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- b) El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- c) 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

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 30 días a la fecha de su efectividad. El trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente.



Si para eludir las previsiones relativas al trámite de consultas con los representantes de los trabajadores la empresa realizase modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales prefijados, 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 en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a 15 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.

En las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de 3 miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados por los sindicatos más 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. Empresario y 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 se aludió con anterioridad y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Pero cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación.

En caso de desacuerdo durante el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el **artículo 83**, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos.

\* En materia de traslados hay que estar a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 del ET, lo cual exige el tratamiento tanto de la movilidad geográfica como de la funcional, ya vistas.

**SUSPENSIÓN DEL CONTRATO:** Otra circunstancia que puede incidir en la duración del contrato laboral es la concurrencia de una causa de las denominadas de suspensión. El **artículo 45 del ET** regula las causas y efectos de la suspensión cuando dispone 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.*

La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

También suspende la relación laboral la excedencia bien voluntaria bien forzosa. El **artículo 46 ET** se dedica a la regulación de las excedencias: “la excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que 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. 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.*

*Por lo que se refiere a la excedencia voluntaria el ET dispone que los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a 3 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 2 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.*

*La excedencia voluntaria 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 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.*

*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 suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor se recogen en el artículo 47.

El contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 del ET y en sus normas de desarrollo, con las siguientes especialidades:

a) El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

- b) El plazo relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.
- c) La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.
- d) La autorización de la medida no generará derecho a indemnización alguna.

A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento legalmente establecido.

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) ET: 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.

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.

**EXTINCIÓN DEL CONTRATO:** Finalmente hay que tratar la extinción o finalización del contrato de trabajo, la extinción se regula en los artículos 49 y siguientes del ET.

El legislador 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.

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 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.

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en la Ley.

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.

También puede que el contrato de trabajo se extinga por voluntad del trabajador en cuyo caso serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

- a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad.
- 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.

El despido colectivo se regula en el **artículo 51 del ET** que establece que: 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) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 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 trescientos o más trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. 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 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. Y se entenderá 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 5, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

De acuerdo con lo previsto por el **artículo 52 ET** el contrato podrá extinguirse por causas objetivas:

- 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 y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

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

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos períodos de tiempo.

e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados 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.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Derecho. Cuerpo Superior de la**  
**Administración de la Xunta de Galicia. Subgrupo A1**

## **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 15 tipos de contrato, pero este es un número relativo que cambia en función de las nuevas leyes:

- [Contrato indefinido](#)
- [Contrato indefinido de fijos-discontinuos](#)
- [Contratación de minusválidos](#)
- [Contrato para el fomento de la contratación indefinida](#)
- [Contrato para la formación](#)
- [Contratos en prácticas](#)
- [Contrato temporal para trabajadores desempleados en situación de exclusión social](#)
- [Contrato de obra o servicio determinado](#)
- [Contrato eventual por circunstancias de la producción](#)
- [Contrato de interinidad](#)
- [Contratación en sustitución por anticipación de la edad de jubilación](#)
- [Contrato de relevo](#)
- [Contrato a tiempo parcial](#)
- [Contrato de trabajo de grupo](#)
- [Contrato de trabajo a domicilio](#)

Bajo este epígrafe regula el ET en los artículos 10 y siguientes distintas modalidades de contratos laborales:

- Trabajo común y trabajo en grupo
- Trabajo a tiempo parcial y de relevo
- Trabajo a domicilio, etc

#### **Trabajo en común y contrato de grupo**

En el caso del contrato en común, esto es, si el empresario diera un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores, el ET establece que el

empresario conservará respecto de cada uno de los trabajadores, individualmente considerados, sus derechos y deberes.

En cambio en el supuesto del contrato de grupo, caso en que el empresario hubiese celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, el empresario no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. La representación de los trabajadores que integren el grupo la ostentará el jefe de éste, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación.

Y si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociare a su trabajo un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste.

### **Contratos formativos**

El contrato para la formación tendrá por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación.

Dicho contrato se regirá por las siguientes reglas:

A/ Se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21 años que carezcan de la titulación o del certificado de profesionalidad requerido para realizar un contrato en prácticas.

Cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación, tales como los de escuelas taller, casas de oficios, talleres de empleo u otros que se puedan aprobar, el límite máximo de edad será el establecido en las disposiciones que regulen el contenido de los citados programas. En el supuesto de desempleados que cursen un ciclo formativo de formación profesional de grado medio, el límite máximo de edad será de 24 años.

Pero el límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad.

B/ Mediante convenio se podrá regular el número máximo de contratos a realizar y los puestos de trabajo objeto de este contrato.

Los convenios colectivos de empresa podrán establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla, en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa.

Si tales convenios colectivos no determinasen el número máximo de contratos que cada empresa puede realizar en función de su plantilla, dicho número será el determinado reglamentariamente.

c) La duración mínima del contrato será de seis meses y la máxima de dos años. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrá establecer otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que, en ningún caso, la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años, o a cuatro años cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad, teniendo en cuenta el tipo o grado de discapacidad y las características del proceso formativo 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.

d/ Expirada la duración máxima del contrato para la formación, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa.

No se podrán celebrar contratos para la formación que tengan por objeto la cualificación para un puesto de trabajo que haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.

e/ El tiempo dedicado a la formación teórica, que se impartirá siempre fuera del puesto de trabajo, dependerá de las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas establecido para la formación adecuada a dicho puesto u oficio, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al 15 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal. Respetando tal límite, los convenios colectivos podrán establecer el tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución, estableciendo, en su caso, el régimen de alternancia o concentración del mismo respecto del tiempo de trabajo efectivo.

Cuando el trabajador contratado para la formación no haya finalizado la educación secundaria obligatoria, la formación tendrá por objeto prioritario la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria. A tal efecto, las Administraciones educativas deberán garantizar una oferta adaptada a este objetivo. Además en el marco de los programas públicos de empleo-formación que tengan por objeto profesionalizar jóvenes con fracaso escolar e insertarlos en el mercado de trabajo desarrollados por las Comunidades Autónomas, una parte de la formación teórica podrá impartirse por las Administraciones Públicas previamente al contrato, computando este tiempo de formación a los efectos de formación realizada y de jornada de trabajo al formalizarse el contrato, haciéndose constar expresamente en éste.

Se entenderá cumplido el requisito de formación teórica cuando el trabajador acredite, mediante certificación de la Administración pública



competente, que ha realizado un curso de formación profesional para el empleo adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato. El curso realizado deberá tener al menos un número de horas equivalente a las horas de formación teórica que como mínimo debería recibir el trabajador en proporción a la duración de su contrato. En estos supuestos la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica.

Cuando el trabajador contratado para la formación sea una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podrá sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral.

Tanto la financiación como la organización e impartición de la formación teórica se regulará en los términos que se establezcan reglamentariamente.

f/ El trabajo efectivo que preste el trabajador en la empresa deberá estar relacionado con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato.

g/ La cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación 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. Sin perjuicio de lo anterior, a la finalización del contrato, el empresario deberá entregar al trabajador

un certificado en el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida.

h/ La retribución del trabajador contratado para la formación será durante el primer año del contrato la fijada en convenio colectivo, sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Durante el segundo año del contrato para la formación, la retribución será la fijada en convenio colectivo, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica.

i/ La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

j) y finalmente señalar que el contrato para la formación se presumirá de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad las obligaciones que le correspondan en materia de formación teórica.

En la negociación colectiva se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.

El contrato de trabajo en prácticas podrá 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 6 meses ni exceder de 2 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.

No obstante interrumpirán el cómputo de la duración del contrato las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad.

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 y 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 de este artículo, 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 y no se podrá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado anteriormente con la misma empresa.

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.

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.

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 a tiempo parcial y contrato de relevo**

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.

A estos efectos se entenderá 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.

El contrato a tiempo parcial 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.

Si bien 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.

El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:

- a) El contrato deberá formalizarse necesariamente por escrito, en el modelo que se establezca y en el deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. 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) La jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Cuando el contrato a tiempo parcial 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 sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior.
- c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, aunque no se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número

máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias. La realización de horas complementarias se registrará por lo dispuesto en el ET.

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 puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Para 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 los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que, en virtud de las informaciones a las que se refiere el párrafo precedente, soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que

se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia tendrán los trabajadores que, habiendo sido contratados inicialmente a tiempo parcial, hubieran prestado servicios como tales en la empresa durante tres o más años, para la cobertura de aquellas vacantes a tiempo completo correspondientes a su mismo grupo profesional o categoría equivalente que existan en la empresa.

Con carácter general, tales 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.

g) Los Convenio Colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, podrán establecer, en su caso, requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas.

En cuanto a las horas complementarias se definen por el legislador como aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme al régimen jurídico establecido en el presente apartado y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

La realización de horas complementarias está sujeta 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, en el modelo oficial que al efecto será establecido.

b) Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida.

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 no podrá exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo.

d) La distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas deberá atenerse a lo establecido al respecto en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias. Salvo que otra cosa se establezca en convenio, el trabajador deberá conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días.

e) La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en esta Ley.

f) 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 estos efectos 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.

g) 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 concurran las siguientes circunstancias:



- La atención de determinadas responsabilidades familiares: así quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida.
- Por necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria.
- Por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

h) El pacto de horas complementarias y las condiciones de realización de las mismas estarán sujetos al cumplimiento de los requisitos precitados y, en su caso, al régimen previsto en los convenios colectivos de aplicación. En caso de incumplimiento de tales requisitos y régimen jurídico, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable.

Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el **apartado 2 del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social** y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 75, conforme al citado artículo 166, y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido sesenta y cinco años.

La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 85 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.

El contrato de relevo, por su parte, 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 para los trabajadores menores de 18 años, 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 de sesenta y cinco años. 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 de 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 caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido sesenta y cinco años, 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 caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.

c) Salvo en el supuesto ya citado de trabajadores menores de 18 años, 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 o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, 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.

Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

e) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

### **Contrato de trabajo a domicilio**

Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario.

El contrato se formalizará por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen.

El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.

Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes.

Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar.

También incluyen los autores en el estudio de las modalidades del contrato de trabajo la clasificación que de éstos puede realizarse en función de su duración. Así señalar que el artículo 15 del ET establece que: El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador 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) 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) 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.

d) Cuando se contrate a un trabajador desempleado, inscrito en la oficina de empleo, por parte de una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro y el objeto de dicho contrato temporal de inserción, sea el de realizar una obra o servicio de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente. Los trabajadores que sean parte en estos contratos no podrán repetir su participación hasta transcurridos tres años

desde finalizar el anterior contrato de esta naturaleza, siempre y cuando el trabajador haya sido contratado bajo esta modalidad por un periodo superior a nueve meses en los últimos tres años.

Los servicios públicos de empleo competentes, financiarán a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social de estas contrataciones subvencionando, a efectos salariales, la cuantía equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador así como los complementos salariales de residencia reglamentariamente establecidos y, a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios. Todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales informará con carácter trimestral a la Comisión Delegada del Gobierno sobre las subvenciones concedidas y satisfechas en dicho período así como sobre el seguimiento y control de las mismas.

La retribución de los trabajadores que se incorporen a estos programas será la que se acuerde entre las partes, sin que pueda ser inferior a la establecida, en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo aplicable.

La incorporación de desempleados a esta modalidad contractual estará de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo.

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, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho y se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

Los empresarios habrán de notificar a la representación legal de los trabajadores en las empresas los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en este artículo cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

Los trabajadores que en un período de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 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, adquirirán la condición de trabajadores fijos regla que también es de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Esto 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.

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.

Por su parte 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.



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.

En los supuestos exigidos por el ET el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa. En todo caso, el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de

los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa. El Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Derecho. Cuerpo Superior de la**  
**Administración de la Xunta de Galicia. Subgrupo A1**

## **5. RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN DE PERSONAL. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN.**

## **TEMA 5**

### **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. Del 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 a finales de los años cincuenta del pasado siglo cuando empiezan a funcionar las comisiones y comités de representantes de los trabajadores elegidos democráticamente por las 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 órganos 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).

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 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 mismos 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 tabloncillos 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 tabloncillos 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**

## **6. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ESTRUCTURA Y ÁMBITO. RÉGIMEN GENERAL Y RÉGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ENTIDADES GESTORAS Y SERVICIOS COMUNES.**

## **TEMA 6**

### **1. Concepto y principios de la Seguridad Social**

La vigente Constitución de 27 de diciembre de 1978 establece en su artículo 41 que *los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*

La competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la seguridad social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA, corresponde al Estado.

El legislador desarrolla este precepto que es principio rector de la política social y económica a través **del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la seguridad social** (en adelante TRLGSS). El **artículo 2 del TRLGSS** dispone que *el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley.*

Conviene hacer una somera referencia a los antecedentes de esta norma. Dentro de la Seguridad Social se distinguen tres sistemas distintos:

- El sistema de seguros sociales (anterior a 01/01/1967)
- El sistema contributivo (desde el 01/01/1967)
- El sistema de seguridad social de asistencia (desde la promulgación de la vigente constitución).

Se parte de la creación de la ley de accidentes de 1900 a la que sigue el primer seguro social (el retiro obrero obligatorio). En 1939 se transforma en el subsidio de vejez y en 1947 pasa a ser seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI). Ya en 1929 existía el seguro de maternidad pero no será hasta 1942 cuando aparece el seguro de enfermedad. Finalmente en 1961 surge el seguro nacional de desempleo. Todos estos seguros se

gestionaban a través del instituto social de previsión, que se creó en 1908 para promover la idea del seguro entre los trabajadores.

Paralelamente aparecen las mutualidades laborales (1946) y el plus familiar. Las primeras surgen como un complemento en la protección de diversas profesiones y el segundo se financiaba exclusivamente por el empleador o empresario y permitía la constante actualización de los salarios.

Pero los precitados mecanismos de protección resultaron ser insuficientes y muy desiguales.

Los principios rectores o que caracterizan al actual modelo de seguridad social se concretan en los siguientes:

- Supresión del ánimo de lucro
- Financiación tripartita, ya que se financia a cargo del empresario, del trabajador y del Estado.
- Gestión pública, ya que es la propia administración la que se encarga de la gestión del sistema a través de las correspondientes unidades gestoras (aunque la seguridad social de carácter complementario que recoge el A.41 CE puede gestionarse a través de entidades privadas).
- Participación de los interesados en la gestión, ya que la propia CE establece en el A.129 la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la seguridad social. La regulación provisional de dicha participación se llevó a cabo por el RD 3.064/1978, que dispone la «participación de los sindicatos, empresarios y Administración Pública en el funcionamiento de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo». Los RR.DD. 1.854/1979, 1.855/1979 y 1.856/1979, relativos a la estructura y competencias del INSS, INSALUD e INSERSO (hoy IMSERSO), precisan los términos de esa participación en los órganos directivos de dichos entes gestores de la Seguridad Social. La O. 17.1.1980 reglamenta por su parte los Consejos Generales de los citados entes.
- E un sistema de tendencia a la unidad, porque el ejecutivo puede integrar cualquier régimen especial en el general.

## **2. El sistema de seguridad social: estructura y ámbito**

Históricamente aparece como una nueva técnica de sistematización y racionalización de los seguros sociales existentes, pero implicó cambios importantes, introdujo nuevos conceptos que perfeccionan el sistema de protección y sus objetivos económicos y sociales.

Así tenemos que del concepto de «seguro social» se pasa al de «Seguridad Social» término que se adoptó en la ley de Seguridad americana de 1935 y en el sistema de neozelandés.

Los cambios supusieron: la unificación de los seguros sociales (cotización única y gestión centralizada), la consideración conjunta de las contingencias protegidas, una racionalización de la estructura por regímenes y colectivos así como una racionalización de la gestión (a la que se dota notablemente de carácter público), una simplificación de la organización (técnica, administrativa y financiera) y de los regímenes jurídicos.

También supone un cambio importante en relación con el seguro social la técnica de las pensiones mínimas y de las revalorizaciones de las pensiones, la configuración pública de las cotizaciones (rompiendo la relación prestaciones-cotización) y la introducción de prestaciones de servicios, preventivas

Se reciclan viejas técnicas e irrumpe la denominada Seguridad Social no contributiva, cuyo objetivo es atender los riesgos de la sociedad industrial para los que lleven a cabo una actividad profesional y suplir las carencias del sistema contributivo y conseguir el objetivo social de una cierta redistribución de la renta hacia los sectores no protegidos por el sistema (ancianos o inválidos, sin derecho a pensión, viudas sin recursos económicos, etc.).

La estructura del sistema de SS implica la existencia de:

- Régimen general, a través del cual se protege al colectivo más amplio, que comprende a los trabajadores por cuenta ajena de la industria y de los servicios, cuando no les sea de aplicación un Régimen Especial. Se regula en el título II TRLGSS.
- Regímenes especiales, que, según establece el **art. 10.1** se establecerán *en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social*. Se regulan en el A. 10 del TRLGSS.

Tras la **LGSS de 1994**: se mantienen los siguientes regímenes especiales (**art. 10.2**):





1. Trabajadores del campo, esto es, dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente (**D. 2123/1971, de 23 de julio, texto refundido del régimen especial agrario de la SS; D. 3772/1972 de 23 de diciembre, que aprueba su reglamento**). Reformado agosto 2011: entrada en régimen general: epígrafe III.
2. Trabajadores del mar (**D. 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el TR del régimen especial de SS de trabajadores del mar; D. 1867/1970, de 9 de julio, aprueba su reglamento**).
3. Trabajadores por cuenta propia o autónomos (**D. 2530/1970, de 20 de agosto**, por el que se regula el **régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos**, desarrollado por **O. 24 de septiembre de 1970**).
4. Funcionarios públicos, civiles y militares. Pese a que el **art. 10 de la LGSS** contempla dentro del sistema de la Seguridad Social a los funcionarios públicos civiles y militares, su régimen jurídico de Seguridad Social está fuera y se regula por normas propias. No obstante, se ha iniciado un proceso de integración en el régimen general que ha comenzado con los funcionarios de la Administración Local, y los de las Comunidades Autónomas. Los demás, constituyen todavía regímenes especiales periféricos, exteriores al sistema de la Seguridad Social y regulados por normas propias.
5. Empleados de hogar (**D. 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social del Servicio doméstico**). Vid reforma: entrada en régimen general: epígrafe III.
6. Estudiantes (**Ley de 17 de julio de 1953 sobre establecimiento del Seguro escolar**).
7. Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un Régimen Especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo. Dentro de este grupo se pueden incluir a los Mineros del Carbón (**Decreto 298/1973, de 8 de febrero** y normas de desarrollo).

Y por lo que se refiere a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, hay que tener en cuenta la **D. A. 4ª TRLGSS**, según la cual: *“Los socios trabajadores de las Cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:*

*a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.*

*b) Como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente”.*

En consecuencia, de lo expuesto resulta que el modelo español de seguridad social no es homogéneo, no es el mismo para todas las personas que quedan protegidas por aquel.

El régimen general protege al sector más numeroso de la población y representa el ideal de cobertura, ya que se ha constatado una tendencia a la supresión de los regímenes especiales (permanecerían un máximo de tres: trabajadores por cuenta ajena, autónomos y funcionarios) y los restantes se integrarían en el régimen general.

### **3. Régimen general y regímenes especiales de la seguridad social**

En concreto y además de lo ya expuesto, por lo que se refiere al **régimen general** en concreto señalar que el **A. 97 TRLGSS** establece que estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y a tales efectos se declaran expresamente comprendidos:

*a) Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley.*

*Excepto que por razón de su actividad marítimo-pesquera corresponda su inclusión como trabajadores por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.*

*b) Los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.*

*c) El personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado.*

*d) El personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración Local, siempre que no estén incluidos en virtud de una Ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social.*

*e) Los laicos o seglares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesiásticas. Por acuerdo especial con la jerarquía eclesiástica competente se regulará la situación de los trabajadores laicos y seglares que presten sus servicios retribuidos a organismos o dependencias de la Iglesia y cuya misión primordial consista en ayudar directamente en la práctica del culto.*

*f) Las personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social.*

*g) El personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y demás oficinas o centros similares.*

*h) Los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos o Escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas y los altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas.*

*i) Los funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso.*

*j) Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, a salvo de lo previsto en los artículos 74 y 75, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.*

*k) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.*

*Excepto que por razón de su actividad marítimo-pesquera corresponda su inclusión como trabajadores asimilados por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.*

*l) Los cargos representativos de los Sindicatos constituidos al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución.*

*m) Cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de la asimilación prevista en el apartado 1 de este artículo.*

También están incluidos en el régimen general de la seguridad social:

- Españoles que ostenten la condición de funcionarios de organismos internacionales
- Integrados en autónomos: están los trabajadores ferroviarios, artistas, toreros (profesionales taurinos como matadores, rejoneadores, sobresalientes, puntilleros, toreros cómicos y los aspirantes a tales categorías), representantes de comercio que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena de acuerdo con la normativa laboral y jugadores profesionales de fútbol que residan y ejerzan normalmente su profesión en territorio nacional.
- Las entidades que actuaban como sustitutorias del régimen general, proceso de integración que arranca con el Decreto 2248/1985.
- Ciclistas profesionales (Real decreto 1820/1991).
- Personal incluido en la mutualidad nacional de previsión de la administración local (Real decreto 480/1993).
- Jugadores profesionales de balonmano (Real decreto 1708/1997), destacando que mediante el Real Decreto 287/2003 se integran otros deportistas profesionales que se encontraban pendientes de integración.

Por lo que atañe a los **regímenes especiales** destacar que si bien su creación viene inicialmente determinada por la concurrencia en determinadas actividades de notas específicas debidas a su naturaleza, o a la propia naturaleza de los procesos productivos a las que resultan

indisolublemente asociadas o por especiales condiciones de tiempo y lugar de la prestación del trabajo, lo que realmente caracteriza al régimen especial de la seguridad social es que la prestación que dispensa es distinta tanto del régimen general como entre cada uno de los regímenes especiales entre sí. Hay que insistir en la distinción de los regímenes especiales expuestos de la circunstancia de que en aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidas.

Como sistemas especiales y siguiendo a Almansa se puede afirmar que un sistema es especial por la particular ordenación administrativa de un sector dentro del ámbito protegido por el régimen general o por otro especial. Por tanto en todo lo no previsto en un sistema especial se aplicarán las normas generales del régimen de que se trate. En la práctica solo se han regulado sistemas especiales dentro del régimen general, que son los de la industria resinera, los servicios extraordinarios de hostelería, la industria de conservas vegetales, empresas dedicadas a la manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas, los manipuladores o empaquetadores de tomate fresco realizado por cosecheros exportadores, los trabajadores fijos discontinuos que presten servicios en empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta y finalmente, los trabajadores fijos discontinuos que presten servicios en empresas de estudios de mercado y de opinión pública.

Como se anticipó el **artículo 10.2 TRLGSS** enumera del 1 al 7 los que considera regímenes especiales, actualmente responden íntegramente a esa clasificación los regímenes enumerados del 1 al 6 así como el régimen establecido para la minería del carbón.

En concreto

- Régimen especial agrario: incluye a aquellos trabajadores españoles que como medio de vida y dentro de territorio español realicen labores agrícolas, forestales o pecuarias. Tal ejecución podrá realizarse por cuenta propia o por cuenta ajena. Si se realizan por cuenta propia se exige además tener 18 años cumplidos, realizar las labores de forma personal y directa y sin que el número de jornadas abonadas a trabajadores eventuales supere el número de las que corresponden a un trabajador fijo por año.

Gobierno, patronal y sindicatos han alcanzado el acuerdo definitivo para la integración de más de 850.000 trabajadores por cuenta ajena del campo (Reass) en el Régimen General de la Seguridad Social. Se



trata de una medida que también se recoge en el reciente acuerdo de pensiones alcanzado entre Gobierno, sindicatos y empresarios.

La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social se incluyó en 1995 en las recomendaciones del Pacto de Toledo sobre simplificación de los regímenes de la Seguridad Social, y fue recogido después en el Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 2006 y más recientemente en el Acuerdo Social y Económico. Cerrado el texto del anteproyecto de ley, ahora está pendiente su trámite parlamentario con el objetivo de que pueda entrar en vigor el 1 de enero de 2012, aunque tal integración en el Régimen General será progresiva, para concluir en 2031, (la integración se hará por medio de la creación de un sistema especial dentro del Régimen General que mantiene la especificidad de este colectivo y el contenido se plasmará en un proyecto de ley que establecerá un período transitorio de veinte años para que las mejoras no incidan sobre las explotaciones agrarias).

Se bonificará la creación de empleos de mayor duración y los fijos discontinuos para mejorar la estabilidad del empleado y dotar de mayor flexibilidad al empleador, de forma que ambos encajen mejor con las peculiaridades del trabajo agrícola).

La integración hará posible que los empleados agrícolas coticen tanto en períodos de actividad como de no inactividad y los empresarios, por su parte, tendrán bonificaciones hasta 2031 para no perjudicar su competitividad, (en la actualidad, la pensión media en España se sitúa en 895,30 euros, pero no llega a 504,52 para la del régimen especial de la agricultura, y la diferencia se amplía en el caso de las prestaciones por jubilación).

- Régimen especial de los trabajadores del mar: comprende igualmente la posibilidad de que el trabajo se realice por cuenta propia o por cuenta ajena, pero ofrece un concepto legal de trabajador por cuenta ajena a estos efectos *“los empleados en la marina mercante, pesca marítima, tráfico interior de puertos y similares; los estibadores portuarios, los trabajadores del servicio auxiliar sanitario y de fonda y cocina a bordo de las embarcaciones que transporten a emigrantes españoles; los administrativos, técnicos y subalternos al servicio de empresas que se dediquen a las actividades precitadas y los armadores de embarcaciones con más de 10 TM de registro bruto o más de 5 tripulantes, si figuran en el rol y perciben como retribución una participación en el denominado monte menor o bien un salario como tripulantes”*. El legislador considera a estos efectos trabajadores



por cuenta propia: *“los armadores de embarcaciones que no excedan de las 10 TM de registro bruto o no lleven más de cinco tripulantes, incluidos ellos; los trabajadores que se dediquen a extracción de productos del mar y aquellos rederos que no realicen sus tareas por cuenta de una empresa determinada”.*

- Régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: incluye a los trabajadores mayores de 18 años que se de modo habitual, personal y directo realizan una actividad económica a título lucrativo y sin sujeción a contrato de trabajo. Así ab initio se presume que es autónomo todo titular de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario o usufructuario; los escritores de libros; aquellos trabajadores autónomos extranjeros que residen y ejercen legalmente su actividad en territorio nacional siempre que un tratado/convenio internacional así lo autoricen y se aplique el principio de reciprocidad y en todo caso los trabajadores de la UE; los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado cuando opten por este régimen en sus estatutos; los socios de sociedades regulares colectivas y socios colectivos de sociedades comanditarias que reúnan los requisitos legales; los trabajadores autónomos agrícolas titulares de explotaciones agrarias con determinado valor de líquido imponible con cargo al ejercicio de 1982; los socios de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada que sean miembros de órganos de administración y desarrollen en sus empresas funciones ejecutivas y de gerencia y dirección a título lucrativo, de forma personal, habitual y directa, sin estar sujetos a contrato de trabajo o los comuneros o socios de las comunidades de bienes y sociedades civiles irregulares que asuman la dirección de la empresa y el riesgo y ventura de ella, con responsabilidad limitada de todos sus bienes y para obtener beneficios.

En estos tres regímenes especiales citados se integran o incluyen el cónyuge y los familiares hasta el 2º grado de los trabajadores por cuenta propia siempre que: presten servicios junto a ellos, no sean sus asalariados y reúnan las restantes condiciones reglamentariamente exigidas.

Régimen especial de los empleados del hogar: incluye trabajadores mayores de 16 años que se dediquen a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia y siempre que el trabajo se realice en el domicilio de estos últimos a cambio de un sueldo o remuneración de otra clase. Si se tratase de servicios parciales o

discontinuos para varios cabezas de familia solo pueden darse de alta en este régimen si trabajan 72 horas mensuales repartidas en 12 días. [En la actualidad](#), los empleadores solo cotizan por estos trabajadores si trabajan 20 horas a la semana o más. Si el empleado trabaja durante al menos 72 horas mensuales para más de un hogar, tiene la opción de pagarse él mismo las cuotas.

Lo aprobado en agosto supone que los empleados de hogar cotizarán al régimen general desde la primera hora. Para ello, se establecen 15 tramos de cotización con unas bases que van desde los 90,2 euros mensuales hasta los 748,2.

Gracias al cambio, los trabajadores domésticos se equiparan al resto de asalariados, excepto en el derecho a cobrar prestación por desempleo. Así cuando estén de baja percibirán una paga por incapacidad temporal desde el cuarto día y no desde el 25º como ahora. La diferencia con el resto de trabajadores es que la Seguridad Social se hará cargo de esta prestación desde el noveno día y no desde el 16º.

A pesar de que las modificaciones entrarán en vigor el próximo 1 de enero, el texto establece un periodo transitorio hasta el 1 de julio para que empleados y empleadores regularicen la situación. También se establece un periodo transitorio, en este caso hasta 2019, para equiparar las cotizaciones de estos empleados a las del régimen general. Así en 2012 se pagará un 22% por contingencias comunes de los que 18,3 puntos porcentuales corresponderán al empleador y un 3,7 a empleados. Año a año, el porcentaje aumentará hasta llegar al 28,3%.

- Régimen especial de la minería del carbón: incluye a aquellos trabajadores por cuenta ajena dedicados a la extracción de carbón en minas subterráneas o a cielo abierto, a la fabricación de aglomerados de carbón vegetal, a su transporte fluvial, a hornos de producción de cok, investigación, reconocimiento y escogida del carbón de escombreras y aprovechamiento de carbones y aguas residuales carbonosas, etc.





- Régimen especial de los estudiantes: acoge a estudiantes menores de 28 años, matriculados en 3º y 3º de ESO programas de garantía social, bachillerato, FP y estudios universitarios de grado medio y superior y quienes cursen tercer ciclo para la obtención del título de doctor. También incluye a estudiantes de la UE y estudiantes extranjeros cuyos países de origen tengan convenios de reciprocidad expresa con España.
- Régimen especial de los funcionarios: dentro de esta categoría existen algunos regímenes especiales como MUFACE, ISFAS y MUGEJU

#### **4. La gestión de la seguridad social: entidades gestoras y servicios comunes**

A la gestión de la seguridad social se dedican los **artículos 57 y siguientes del TRLGSS** estableciendo que *La gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos Departamentos ministeriales, con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización, por las siguientes **entidades gestoras**:*

*a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) siguiente.*

*b) El Instituto Nacional de la Salud, para la administración y gestión de servicios sanitarios.*

*c) El Instituto Nacional de Servicios Sociales, para la gestión de las pensiones de invalidez y de jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.*

Las distintas entidades gestoras, a efectos de la debida homogeneización y racionalización de los servicios, coordinarán su actuación en orden a la utilización de instalaciones sanitarias, mediante los conciertos o colaboraciones que al efecto se determinen entre las mismas.

Las entidades gestoras tienen la naturaleza de entidades de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados. Las entidades gestoras gozarán del beneficio de justicia gratuita a efectos jurisdiccionales.

En cuanto a su **estructura y competencias** el legislador dispone que el Gobierno, a propuesta del Departamento ministerial de tutela, reglamentará la estructura y competencias de las entidades a que se refiere el artículo anterior y que las entidades gestoras desarrollarán su actividad en régimen descentralizado, en los diferentes ámbitos territoriales si bien los centros asistenciales de las entidades gestoras podrán ser gestionados y administrados por las entidades locales.

Además el TRLGSS faculta al Gobierno para regular la participación en el control y vigilancia de la gestión de las entidades gestoras, que se efectuará gradualmente, desde el nivel estatal al local, por órganos en los que figurarán, fundamentalmente, por partes iguales, representantes de los distintos sindicatos, de las organizaciones empresariales y de la Administración Pública.

Las entidades gestoras, con la previa conformidad del Departamento ministerial de tutela, podrán pertenecer a asociaciones y organismos internacionales, concertar operaciones, establecer reciprocidad de servicios con instituciones extranjeras de análogo carácter y participar, en la medida y con el alcance que se les atribuya, en la ejecución de los Convenios internacionales de Seguridad Social.

### **Servicios comunes**

El establecimiento de Servicios comunes, así como la reglamentación de su estructura y competencias corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

La Tesorería General de la Seguridad Social es un Servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Tendrá a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social.

### **Normas comunes a las Entidades Gestoras y Servicios comunes**



- *Reserva de nombre:* ninguna entidad pública o privada podrá usar en España el título o los nombres de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, ni los que puedan resultar de la adición a los mismos de algunas palabras o de la mera combinación, en otra forma, de las principales que los constituyen. Tampoco podrán incluir en su denominación la expresión Seguridad Social, salvo expresa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- *Exenciones tributarias y otros beneficios:* las entidades gestoras y servicios comunes disfrutarán en la misma medida que el Estado, con las limitaciones y excepciones que, en cada caso, establezca la legislación fiscal vigente, de exención tributaria absoluta, incluidos los derechos y honorarios notariales y registrales, por los actos que realicen o los bienes que adquieran o posean afectados a sus fines, siempre que los tributos o exacciones de que se trate recaigan directamente sobre los organismos de referencia en concepto legal de contribuyente y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas. También gozarán, en la misma medida que el Estado, de franquicia postal y telegráfica.
- *Reserva de datos y régimen de personal:* los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:
  - a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social.
  - b) La colaboración con las Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.
  - c) La colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de la función inspectora o con las demás entidades gestoras de la Seguridad Social distintas del cedente y demás órganos de la Administración de la Seguridad Social.
  - d) La colaboración con cualesquiera otras Administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos, incluidos los de la Unión Europea, así como en la obtención o percepción de prestaciones incompatibles en los distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social.

e) La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

f) La protección de los derechos e intereses de los menores o incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.

g) La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Administración de la Seguridad Social.

h) La colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso y para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que, por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración de la Seguridad Social.

- El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquélla y para fines distintos de las funciones que le son propias, se considerará siempre falta disciplinaria grave. Cuantas autoridades y personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social tengan conocimiento de estos datos o informes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados, en los que se limitarán a deducir el tanto de culpa o a remitir al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran corresponder, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

\*Los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y demás disposiciones que les sean de aplicación.

- *Suministro de información a las entidades gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social:* por los organismos competentes dependientes del Ministerio de Economía y Hacienda o, en su caso, de las Comunidades Autónomas o de las Diputaciones Forales se facilitarán, dentro de cada ejercicio anual, a las entidades gestoras de la

Seguridad Social responsables de la gestión de las prestaciones económicas, y, a petición de las mismas, los datos relativos a los niveles de renta y demás ingresos de los titulares de prestaciones, en cuanto determinen el derecho a las mismas, así como de los beneficiarios cónyuges y otros miembros de las unidades familiares, siempre que deban tenerse en cuenta para el reconocimiento, mantenimiento o cuantía de dichas prestaciones a fin de verificar si aquéllos cumplen en todo momento las condiciones necesarias para la percepción de las prestaciones y en la cuantía legalmente establecida.

A petición de las entidades gestoras de la Seguridad Social se facilitará por los mismos organismos un número de cuenta corriente del interesado para proceder, cuando se reconozca la prestación, a su abono.

El organismo que designe el Ministerio de Justicia facilitará a las entidades gestoras de la Seguridad Social la información que éstas soliciten acerca de las inscripciones y datos obrantes en el mismo y que puedan guardar relación con el nacimiento, modificación, conservación o extinción del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

Los empresarios facilitarán a las entidades gestoras de la Seguridad Social, los datos que éstas les soliciten para poder efectuar las comunicaciones a través de sistemas informáticos, electrónicos y/o telemáticos, que garanticen un procedimiento de comunicación ágil en el reconocimiento y control de las prestaciones de la Seguridad Social relativas a sus trabajadores.

Los datos que se faciliten en relación con los trabajadores deberán identificar, en todo caso, nombre y apellidos, documento nacional de identidad o número de identificación de extranjero y domicilio. Todos los datos relativos a los solicitantes de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, que obren en poder de las entidades gestoras y que hayan sido remitidos por otros organismos públicos o por empresas mediante transmisión telemática o cuando aquéllos se consoliden en las bases de datos corporativas del Sistema de la Seguridad Social como consecuencia del acceso informático directo a las bases de datos corporativas de otros organismos o empresas, surtirán plenos efectos y tendrán la misma validez que si hubieran sido notificados, por dichos organismos o empresas mediante certificación en soporte papel.

Finalmente y por lo que se refiere a la **colaboración** el TRLGSS establece que la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y por empresas, de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La colaboración en la gestión se podrá realizar también por asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público.

### **Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social**

Se considerarán mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas.

Para constituirse y desarrollar la colaboración en la gestión a que se refiere el artículo anterior, las mutuas habrán de reunir los siguientes requisitos:

a) Que concurren, como mínimo, 50 empresarios y 30.000 trabajadores, cotizando un volumen de cuotas no inferior al límite que reglamentariamente se establezca.

b) Que limiten su actividad, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima de esta Ley, a la protección, en régimen de colaboración, de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

c) Que presten fianza, en la cuantía que señalan las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

Para formalizar la protección respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal a su servicio, los empresarios podrán optar entre hacerlo en la entidad gestora competente o asociándose a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Los empresarios asociados a una Mutua a los fines de las presentes normas, habrán de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de

trabajo situados en la misma provincia, siempre que ésta se encuentre comprendida en el ámbito territorial de la Mutua.

Los Estatutos establecerán, necesariamente la responsabilidad de los asociados que desempeñen funciones directivas, así como del director gerente, gerente o cargo asimilado, y la forma de hacer efectiva dicha responsabilidad. A tal efecto se recogerá expresamente que responden frente a la Seguridad Social, la Mutua y los empresarios asociados, por el daño que causen por actos contrarios a la normativa aplicable o a los Estatutos, así como por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Asimismo deberá consignarse la responsabilidad solidaria de los miembros de la Junta directiva respecto de los acuerdos lesivos adoptados por la misma, salvo que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él. De igual forma deberá señalarse que en ningún caso exonerará de responsabilidades la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

Corresponden al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social las facultades de dirección y tutela sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Las mutuas serán objeto, anualmente, de una auditoría de cuentas, que será realizada por la Intervención General de la Seguridad Social.

Para la realización de la auditoría, la Intervención General de la Seguridad Social, en caso de insuficiencia de medios personales propios, podrá solicitar la colaboración de entidades privadas, las cuales deberán ajustarse a las normas e instrucciones que determine dicho centro directivo, quien podrá, asimismo, efectuar a éstas las revisiones y los controles de calidad que estime convenientes. Dicha colaboración requerirá de la autorización ministerial, correspondiente, a tenor de lo previsto en el artículo 93.

Los créditos que se generen a consecuencia de atenciones, prestaciones y servicios que dispensen las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a favor de personas que carezcan de derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social o cuando, ostentando el mismo, exista un tercero obligado a su pago, son recursos del Sistema de la Seguridad Social adscritos a aquéllas y tienen el carácter de recursos de derecho público.

El importe de estos créditos será liquidado por la Mutua, que instará su pago del sujeto obligado al mismo en la forma, plazos y condiciones establecidos en la norma o concierto del que nazca la obligación. La falta de pago de la deuda dará lugar a su recaudación por la Tesorería General



de la Seguridad Social, con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en sus normas de aplicación y desarrollo.

La extinción de la deuda en forma distinta a la de su pago en efectivo, así como aquellos otros supuestos que reglamentariamente se determinen, requerirá la conformidad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Pero existen una serie de incompatibilidades ya que no podrán ostentar el cargo de Director-Gerente, Gerente o llevar bajo cualquier otro título la dirección ejecutiva de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social:

a) Quienes pertenezcan al Consejo de Administración o desempeñen cualquier actividad remunerada en cualquier empresa asociada a la mutua.

b) Quienes, ellos mismos, sus cónyuges o hijos sometidos a patria potestad, ostenten la titularidad de una participación igual o superior al 25 por 100 del capital social en cualquiera de las empresas asociadas a la mutua.

c) Quienes, como consecuencia de un expediente sancionador, hubiesen sido suspendidos de sus funciones, hasta el tiempo que dure la suspensión.

No podrán formar parte de la Junta Directiva de una Mutua, ni ejercer el cargo de director gerente, gerente o asimilado, las personas que, en su condición de agentes o comisionistas, se dediquen a la tramitación por cuenta de la Mutua, de Convenios de asociación para la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Tampoco podrá formar parte de la Junta Directiva, ni por sí misma ni en representación de empresa asociada, cualquier persona que mantenga con la Mutua relación laboral, de prestación de servicios de carácter profesional o que, por cualquier otro concepto, perciba de la entidad prestaciones económicas, a excepción del representante de los trabajadores a que se refiere el artículo 34.1 del Reglamento General sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en la gestión de la Seguridad Social.

Y no podrán formar parte de la Junta Directiva ni desempeñar la dirección ejecutiva ni formar parte de la Comisión de Control y Seguimiento ni de la Comisión de Prestaciones Especiales aquellas empresas o personas que ostenten cualquiera de estos cargos en otra Mutua.

No podrá recaer en una misma persona y simultáneamente más de un cargo de la Junta Directiva de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y



Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, ya sea por sí mismos, como mutualistas o en representación de otras empresas asociadas.

El incumplimiento de estas previsiones se considera falta muy grave a efectos de lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

También se establecen prohibiciones:

- Los miembros de la Junta Directiva, los Directores-Gerentes, Gerentes o asimilados, o cualquier otra persona que ejerza funciones de dirección ejecutiva en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, no podrán comprar ni vender para sí mismos, ni directamente ni por persona o entidades interpuestas, cualquier activo patrimonial de la entidad.

A estos efectos, se entenderá que la operación se realiza por persona o entidad interpuesta cuando se ejecute por persona unida por vínculo de parentesco en línea directa o colateral, consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado inclusive, por mandatario o fiduciario, o por cualquier sociedad en que las personas citadas en el párrafo anterior, tenga directa o indirectamente un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital social o ejerzan en ellas funciones que impliquen ejercicio de poder de decisión.

- Con cargo a recursos públicos, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social no podrán satisfacer indemnizaciones por extinción de la relación laboral con su personal, cualesquiera que sean la forma de dicha relación y la causa de su extinción, que superen las establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias en materia laboral reguladoras de dicha relación.

La caución o garantía que, en su caso, deban constituir las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como consecuencia de las reclamaciones previas y de los recursos que las mismas planteen, tanto en vía administrativa como en vía judicial, contra las resoluciones de la Secretaría de Estado o de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como los gastos de cualquier orden que puedan derivarse de la impugnación de tales resoluciones, en ningún caso podrán ser financiados con cargo a recursos que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social. Igual limitación será de aplicación respecto del abono del importe de las sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones derivadas de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Colaboración de las empresas

Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social exclusivamente en alguna o algunas de las formas siguientes:

a) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación.

*b) Asumiendo la colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, con derecho a percibir por ello una participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias, que se determinará por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

c) Pagando a sus trabajadores, a cargo de la entidad gestora obligada, las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria, así como las demás que puedan determinarse reglamentariamente.

d) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en las condiciones que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Las empresas que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá establecer, con carácter obligatorio, para todas las empresas o para algunas de determinadas características, la colaboración en el pago de prestaciones.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social determinará las condiciones por las que ha de regirse la colaboración prevista en los números anteriores del presente artículo.

La modalidad de colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social a que se refiere el apartado 1 de este artículo podrá ser autorizada a agrupaciones de empresas, constituidas a este único efecto, siempre que reúnan las condiciones que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

**Cristina Castroviejo Ojea**

**Lcda. en Derecho. Cuerpo Superior de la**

## **Administración de la Xunta de Galicia. Subgrupo A1**

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

## **TEMA 7**

### **1. 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 de este mismo artículo (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.

## **2. Las contingencias protegidas: cuadro general**

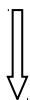
Las contingencias protegidas son una serie de eventos o circunstancias cuya actualización genera la aparición de un estado de necesidad en el sujeto protegido.

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

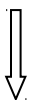
## **CONTINGENCIAS**



### **Profesionales por actos de terrorismo**

**Accidente laboral**

**Enfermedad profesional**



**Accidente no laboral**

**Enfermedad común**

**Maternidad**

**Riesgo durante el embarazo**

**Cese laboral por jubilación**

**Cese laboral por incapacidad**

**Cese laboral involuntario**

**Cargas familiares**



### **comunes**

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.

### **3. 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:**

El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo 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.

En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido para supuestos de enfermedad común o profesional y accidente (365 días prorrogables a 180 días) y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a 180 días o si 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, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días 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.

- 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.

### INVALIDEZ

En la modalidad contributiva, es invalidez 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 minusválidas 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. Pero no será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente cuando concurren secuelas definitivas.

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 65 años de edad 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) Si tiene menos de veintiséis años de edad, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión.

b) Si el causante tiene cumplidos veintiséis 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; (Para fracciones de edad y redondeos, ver artículo 4.1 del Real Decreto 1.799/85) .

## 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 sesenta y cinco años de edad.



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:

a) Tener cumplidos los sesenta y un años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se hizo referencia.

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 solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, 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, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador; entendiéndose por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma y se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el **artículo 208.1.1** (*Cuando se extinga su relación laboral:*

*a) En virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.*

*b) Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.*

*c) Por despido.*

*d) Por despido basado en causas objetivas.*

*e) Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores.*

*f) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.*

*g) Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción).*

Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los sesenta y cinco años, de los siguientes coeficientes:

1º Entre treinta y treinta y cuatro años de cotización acreditados: 7,5 por 100.

2º Entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización acreditados: 7 por 100.

3º Entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización acreditados: 6,5 por 100.

4º Con cuarenta o más años de cotización acreditados: 6 por 100.

Para el cómputo de los años de cotización se tomarán años completos, sin que se equipare a un año 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 precedente, los porcentajes siguientes:

1º Por los primeros quince años cotizados: el 50 por 100.

2º Por cada año adicional de cotización, comprendido entre el decimosexto y el vigésimo quinto, ambos incluidos: el 3 por 100.

3º Por cada año adicional de cotización, a partir del vigésimo sexto: el 2 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.

Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización, se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por 100 por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 por 100 cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años.

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.

Cuando la cuantía de la pensión reconocida alcance el límite indicado 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.

Dicha cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce 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 (recogidos en el artículo 165.1 TRLGSS)

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.**

Los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad 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 de un 25 por 100 y un máximo de un 75 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.

Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, 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.

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 de la Ley 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 75 por 100, o del 85 por 100 para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b) y d). Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

d) Acreditar un período previo de cotización de 30 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

e) Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado 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 sesenta y cinco años.

El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial. 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 dieciocho años o estén incapacitados para el trabajo, y que aquél se encontrase en alta o en situación asimilada al alta.

En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena 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 del fallecimiento del causante, aquél fuera menor de 22 años, o de 24 si no sobreviviera ninguno de los dos padres o el huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33%.

En el caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 24 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 de 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

misimos 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 anterior. 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 60 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 de 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, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los párrafos anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas.

**Cristina Castroviejo Ojea**

**Lcda. en Derecho. Cuerpo Superior de la  
Administración de la Xunta de Galicia. Subgrupo A1**



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

## TEMA 8

### **1. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: FINALIDAD Y CLASES**

La exposición de motivos de la Ley 26/1990 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.

Los únicos requisitos exigidos para el derecho a las pensiones en su modalidad no contributiva eran: con carácter general, la residencia en territorio nacional y la insuficiencia de recursos; y, con carácter específico,

la edad de sesenta y cinco años, para la pensión de jubilación, y la edad de dieciocho años y el grado de minusvalía establecido, para la de invalidez.

La cuantía de ambas pensiones era uniforme y se fijaría en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, si bien, para el primer año la cuantía se fijó en la Ley 26/1990. Cuando en una misma unidad de convivencia haya más de una persona con derecho a pensión, a la cuantía establecida con carácter general para un solo beneficiario, se le suma un 75% de la misma por cada uno de los restantes beneficiarios, y la cantidad así resultante se distribuye en partes iguales entre cada uno de los titulares. De esta forma, se conjuga el derecho individual a la pensión de los beneficiarios integrados en una unidad económica con la innegable repercusión de la convivencia en las economías de los miembros del grupo.

Esta modulación de la denominada economía de escala, se ha determinado adoptando parámetros recomendados por diversos Organismos supra o internacionales, tales como las Comunidades Europeas o la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Como se anticipaba, uno de los requisitos exigidos para el derecho a las pensiones no contributivas es el de insuficiencia de recursos. Dicho requisito se objetiva en un límite de ingresos equivalente a la cuantía de la pensión. Si el beneficiario está integrado en una unidad de convivencia se computan los ingresos de todos los miembros de la misma, a efectos de determinar si se supera el límite de ingresos. En tal supuesto, dicho límite se eleva en un 70% por cada uno de los demás integrantes de la unidad económica.

Sin embargo, la Ley contenía una importante excepción en cuanto al cómputo de los ingresos de los miembros de la unidad de convivencia, para favorecer la integración de las personas mayores en unidades familiares constituidas por sus hijos y proteger del mismo modo a los minusválidos. En estos supuestos, los ingresos de los padres o, en su caso, de los hijos del pensionista no impiden el acceso a la pensión de los beneficiarios que convivan con ellos, si no superan dos veces y media el límite general establecido. De esta manera, se evitaba un obstáculo adicional para el acogimiento de los padres ancianos o inválidos en los hogares de sus hijos, así como se establece un mecanismo adicional de protección en favor de los minusválidos, puesto que la convivencia, por sí misma, no va a determinar la pérdida o minoración de los derechos de pensión.

**La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas** 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**, 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.

A través del RD se completan los preceptos legales contenidos en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de acuerdo con las normas legales que se desarrollan, así como con las demás disposiciones de Seguridad Social que sean de aplicación. Asimismo, se introducen determinados preceptos procedimentales, concordes con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

A efectos de la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica, así como de la acreditación de la necesidad del concurso de otra persona, que tienen incidencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, o del complemento de la pensión, se establece la aplicación de los baremos contenidos en la **Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984**, con la finalidad de que pueda aplicarse inmediatamente la Ley 26/1990 y evitar retrasos excesivos en el reconocimiento de las nuevas pensiones, con el consiguiente grave perjuicio para los posibles beneficiarios. No obstante, se prevé la elaboración y posterior promulgación de unos nuevos baremos que actualicen los vigentes, adecuándolos a las variaciones en el pronóstico de las enfermedades y a los avances médico-funcionales, así como a la aparición de nuevas patologías.

El legislador establece una serie de **normas comunes** a las pensiones de invalidez y jubilación en sus modalidades no contributivas, prestaciones cuyo estudio pormenorizado se exige en los siguientes epígrafes.

#### Requisito de residencia legal

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.

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 90 días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

#### Carencia de rentas o ingresos

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.

No obstante, 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 aquella, 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.

#### Rentas o ingresos computables

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.

Se entenderá por rentas de trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena y 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.

También tendrán la consideración de ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo cualesquiera otras percepciones supletorias de éstas a cargo de fondos públicos o privados.

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.

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, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

El legislador afirma que 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.

#### Cálculo de las cuantías

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 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.

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 ab initio 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.

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.

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, la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar dicho límite, disminuyéndose, por igual cuantía, cada una de las pensiones.

La cuantía mínima de la pensión a reconocer será, en cualquier caso, igual al 25% de la cuantía de la pensión a que se refiere el párrafo 1º, aunque el cálculo resultante de la aplicación de lo dispuesto en los números 2 y 3, hubiera dado un resultado inferior a dicho porcentaje.

### Reconocimiento y efectos

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 (INSS), 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.

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.

### Obligaciones de los beneficiarios

Los perceptores de las pensiones de invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, vendrán obligados a comunicar, en el plazo máximo de 30 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 la pensión.

Cuando del incumplimiento de esta obligación se derive una percepción indebida de prestaciones, el interesado, conforme a lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social, 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.

Conforme a lo establecido en la DA quinta de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, 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 tiempo que 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 ese párrafo 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.

#### 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.

#### Incompatibilidad entre prestaciones

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, 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, y regulados por Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.**

En tal supuesto deberá ejercitarse opción en favor de alguna de las prestaciones declaradas incompatibles.

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 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.

### 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 el precitado 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.

### 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 inicialmente en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social y que en la actualidad se encuentra en el **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto**.

Las sanciones referidas se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Se establecen también una serie de normas gestión de las prestaciones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva:

### Competencia

Corresponde al Instituto Nacional de Servicios Sociales o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a los que se les hubiese transferido las funciones y servicios de aquél en su territorio, la gestión de las pensiones de Seguridad Social por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica, a efecto de la concesión de la pensión de invalidez no contributiva.

La determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica se efectuará previo dictamen de los equipos de valoración y orientación de las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Servicios Sociales o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a los que se les haya transferido las funciones y servicios de la citada Entidad Gestora de la Seguridad Social en su territorio.

### Procedimiento

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, por invalidez o jubilación, se iniciará por el interesado, su representante o por quien demuestre un interés legítimo para actuar en favor de personas con capacidad gravemente disminuida.

Las resoluciones denegatorias de pensiones de invalidez, por no cumplir el requisito relativo al grado de minusvalía o enfermedad crónica o no alcanzar la puntuación mínima del baremo determinante de la situación de dependencia y necesidad del concurso de otra persona, deberán advertir expresamente de la limitación temporal para formular nueva solicitud.

### Comprobación del cumplimiento de los requisitos

La comprobación del cumplimiento de los requisitos que el interesado debe reunir en el momento de la solicitud, así como las circunstancias determinantes de la conservación del derecho a la pensión o su cuantía, se efectuará preferentemente:

- a) El requisito de edad, mediante el Documento Nacional de Identidad.
- b) El requisito de residencia legal, tanto actual como de los períodos exigidos, en territorio español, mediante certificación de los respectivos padrones municipales.
- c) La convivencia del interesado con otras personas en un mismo domicilio a través de declaración del interesado, sin perjuicio de las presunciones legalmente establecidas respecto a la convivencia de los cónyuges, hijos menores o mayores incapacitados.
- d) La insuficiencia de recursos quedará acreditada cuando el órgano gestor obtenga por medios informáticos de la Administración tributaria la información necesaria. El órgano gestor podrá solicitar o el interesado aportar voluntariamente otros documentos acreditativos de distinta procedencia a la de la Administración tributaria del cumplimiento del citado requisito.

Podrán comprobarse en todo momento las circunstancias que acreditan el derecho a la pensión, a su conservación y a la cuantía reconocida. A efectos de lo dispuesto en este artículo la entidad gestora realizará todas las comprobaciones pertinentes.

#### Revisión de las cuantías de las pensiones reconocidas

Las pensiones reconocidas podrán ser revisadas de oficio por el órgano gestor o a solicitud del interesado o de su representante cuando se produzca variación en cualquiera de los requisitos que dé lugar a modificación de la cuantía de aquéllas.

Las revisiones se realizarán con arreglo al procedimiento establecido para el reconocimiento del derecho a las pensiones. En los casos en que la revisión de oficio se base en hechos, alegaciones o pruebas no aducidas por el interesado, el expediente se pondrá necesariamente de manifiesto a éste para que, en un plazo no inferior a diez ni superior a quince días hábiles, alegue y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

#### Comisiones de Seguimiento de la gestión de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social

Las funciones de las Comisiones de Seguimiento de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social serán las siguientes:

a) Recibir un informe periódico de los correspondientes órganos de gestión sobre la evolución de las pensiones no contributivas, así como de las medidas adoptadas respecto de la gestión de las mismas, incluyendo el seguimiento de los procedimientos de revisión de las pensiones.

b) Formular iniciativas, propuestas y sugerencias en orden a la mejora de la gestión de las pensiones no contributivas.

c) Establecer criterios para la elaboración de los planes específicos de actuación en materia de gestión de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Ministerio de Asuntos Sociales y al Instituto Nacional de Servicios Sociales o a las Comunidades Autónomas que tengan transferidos los servicios y funciones de dicha Entidad Gestora de la Seguridad Social.

## **2. INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA: REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA SU OBTENCIÓN**

### Beneficiarios de la pensión de invalidez

Tendrán derecho a la pensión de invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de dieciocho años y menor de sesenta y cinco años de edad en la fecha de la solicitud.
- b) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.
- c) Estar afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65 por 100.
- d) Carecer de rentas o ingresos suficientes en los términos ya señalados (artículo 11).

#### Complemento en pensiones de invalidez por necesidad de otra persona

La cuantía de la pensión de invalidez se incrementará con un complemento, siempre que, siendo el porcentaje de minusvalía o enfermedad crónica del beneficiario igual o superior al 75 por 100, la aplicación del baremo a que se hace referencia en el artículo 4 de este Real Decreto haya determinado la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. El importe de dicho complemento será equivalente al 50 por 100 de la cuantía de la pensión que se fije anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

#### Determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica

El grado de minusvalía o enfermedad crónica se determinará valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales, como los factores sociales complementarios, mediante la aplicación de los baremos a que se refiere la disposición adicional segunda.

#### Baremo de necesidad del concurso de otra persona

La situación de dependencia y necesidad del concurso de otra persona se determinará mediante la aplicación del baremo a que se refiere la DA 2ª de este Real Decreto.

Este baremo se aplicará siempre que, cumpliendo los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez, el grado de minusvalía o enfermedad crónica del interesado sea igual o superior al 75 por 100.

### Revisiones del grado de minusvalía o enfermedad crónica en caso de invalidez

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.

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.

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.

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, 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.

### Compatibilidad y comunicación del ejercicio de actividades

La percepción de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas,

compatibles con el estado de la persona con minusvalía y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, en tanto que las rentas que del mismo se deriven, sumadas, en su caso, con otros ingresos del pensionista o de las demás personas de la misma unidad económica, no superen los respectivos límites de recursos y sin perjuicio de que tales rentas sean tenidas en cuenta para la determinación de la cuantía de la pensión.

Los perceptores de las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva además vendrán también obligados a comunicar al Organismo gestor correspondiente la realización de cualquier trabajo, sea por cuenta propia o ajena.

#### Extinción del derecho a la pensión de invalidez

El derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, se extinguirá cuando en el beneficiario concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Pérdida de su condición de residente legal o traslado de su residencia fuera de territorio español por tiempo superior al límite establecido.
- b) Mejoría de la minusvalía o enfermedad crónica padecidas que determine un grado inferior al 65 por 100.
- c) Disponer de rentas o ingresos suficientes.
- d) Fallecimiento del beneficiario.

### 3. JUBILACIÓN NON CONTRIBUTIVA

#### Beneficiarios

Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, las personas que, habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad, carezcan de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el artículo 144, residan legalmente en territorio español y lo hayan 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 prestación.

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 la pensión.

### Cuantía de la pensión

Para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, se estará a lo fijado por la ley anual de presupuestos y se aplicarán las siguientes reglas:

1ª Al importe base se le sumará el setenta por cien de esta misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica.

2ª 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.

Y se tendrán en cuenta los supuestos ya citados que recoge el A. 145 TRLGSS.

### 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 aquel 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 TRLGSS, esto es: 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.

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 11.264,01 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 16.953,05 euros, en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.745,93 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 minusválido.*

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 minusválidos, 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) 4.076,40 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) 6.115,20 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 minusvalía, a efectos del reconocimiento de las asignaciones por hijo o menor acogido minusválido a cargo, así como la situación de dependencia y la necesidad del concurso de otra persona a que se refiere el apartado 2.c), del artículo anterior, se determinarán mediante la aplicación del baremo aprobado por el Gobierno mediante real decreto.

Todo beneficiario estará obligado a declarar cuantas variaciones se produzcan en su familia, siempre que éstas deban ser tenidas en cuenta a efectos del nacimiento, modificación o extinción del derecho.

En ningún caso será necesario acreditar documentalmente aquellos hechos o circunstancias, tales como el importe de las pensiones y subsidios, que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí directamente.

Todo beneficiario estará obligado a presentar, dentro del primer trimestre de cada año, una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior.

Cuando se produzcan las variaciones a que se refiere el apartado anterior, surtirán efecto, en caso de nacimiento del derecho, a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento del mismo y, en caso de extinción del derecho,

tales variaciones no producirán efecto hasta el último día del trimestre natural dentro del cual se haya producido la variación de que se trate.

Las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo se devengarán en función de las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, tenga derecho el beneficiario.

El abono de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo se efectuará con la periodicidad que se establezca en las normas de desarrollo de esta Ley.

**Cristina Castroviejo Ojea**

**Lcda. en Derecho. Cuerpo Superior de la  
Administración de la Xunta de Galicia. Subgrupo A1**