

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

APUNTES PREPARADOS POR EL CORONEL INTENDENTE ESTANISLAO MARTIN CASARES. V SEPTIEMBRE 2018

APUNTES PREPARADOS POR EL CORONEL DE INTENDENCIA ESTANISLAO MARTIN CASARES. V SEPTIEMBRE 2018

PÁGINA DEJADA INTENCIÓNADAMENTE EN BLANCO

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 1

LAS COMUNIDADES EUROPEAS: SISTEMA INSTITUCIONAL. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DERECHO ESPAÑOL.

1. LAS COMUNIDADES EUROPEAS: SISTEMA INSTITUCIONAL.

LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Jean Monnet, para evitar la repetición de un conflicto bélico entre naciones europeas, preconizó la idea de llegar a una unión política europea creando previamente lazos e intereses comunes comerciales. A continuación detallamos la cronología de este proceso:

- a. **Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA)**, integrada por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos (**Tratado de París de 18 de abril de 1951**) en un mercado de estos productos bajo el principio de libre competencia. Su sistema institucional será el embrión de todo el sistema comunitario.
- b. Con la firma del **Tratado de Roma (25 de marzo de 1957)** se crean dos nuevas comunidades:
 - i. La **Comunidad Económica de la Energía Atómica (CEEA o Euratom)**.
 - ii. La **Comunidad Económica Europea (CEE o Mercado Común)**, se trata de un mercado único para el conjunto de los territorios de los seis con las libertades de competencia y circulación de factores de la producción.
- c. El **Tratado de Bruselas (8 de abril de 1965)** estableció un único Consejo y una sola Comisión.
- d. El **Acta Única Europea (17 de febrero de 1986)** fortalece el principio de autonomía comunitaria, reforzándose el ejercicio de las competencias de las instituciones comunitarias al limitarse la regla de la unanimidad para la toma de decisiones. También se refuerza el Parlamento Europeo, elegido por sufragio universal, como un medio de expresión indispensable de la Comunidad.
- e. Por el **Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992)** se incide en la política monetaria como motor de la integración europea, fijándose el calendario de la unión monetaria. Supuso la reforma más importante desde 1957:
 - a. la CEE pasa a llamarse Unión Europea.
 - b. aparece la noción de ciudadanía de la Unión.
 - c. se inicia la Unión monetaria y económica.
- f. El **Tratado de Ámsterdam (2 de octubre de 1997)**, modifica el tratado anterior y los Tratados constitutivos. Su finalidad ha sido la simplificación, suprimiendo disposiciones caducas y clarificando la redacción en otros casos. Supone un profundo avance en el plano de la modificación de las instituciones europeas.
- g. El **Tratado de Niza (26 de febrero de 2001)** preparó las instituciones de la Unión para la ampliación estableciendo un sistema de ponderación de las mayorías y de adopción de decisiones. Es de destacar lo siguiente:
 - i. *Toma de decisiones.*
 1. Extensión del voto por mayoría cualificada.
 2. Modifica la toma de acuerdos por el sistema de cooperación reforzada, estableciendo un mínimo de ocho miembros para la misma.
 - ii. *Modificación de las Instituciones.*

1. Amplía el número de miembros de las mismas.
 2. Modifica el sistema de toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo.
 3. Se modifican las competencias del Tribunal de Primera Instancia.
- h. **Tratado de Roma de 2004, o de la Constitución para Europa.** Integró todos los Tratados anteriores, salvo el Tratado de la CECA.
- i. El **Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007)** modificó los Tratados de la Unión Europea y constitutivo de la Comunidad Europea. Entró en vigor con fecha 1 de diciembre de 2009.

En cuanto al número de miembros, las Comunidades europeas han sido objeto de varias ampliaciones, Inglaterra, Dinamarca e Irlanda (1972); Grecia (1981), España y Portugal (1985); Austria, Suecia y Finlandia (1995); en 2004 Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Los Estados Bálticos de Estonia, Letonia y Lituania, Chipre y Malta. Con la adhesión de Rumania y Bulgaria el 1 de enero de 2007 y Croacia en julio de 2013, la Unión alcanzó su tamaño actual de **28 Estados miembros**. En la actualidad se está pendiente de las consecuencias del Referéndum en Inglaterra (BREXIT versus BREMAIN) celebrado con fecha 23 de junio de 2016 donde ganó la opción de abandonar la UE.

SISTEMA INSTITUCIONAL

1. EL CONSEJO EUROPEO (Art. 15 y siguientes del Tratado de la Unión Europea - TUE)

Nace tras la **Cumbre de París de 1974**. El Consejo Europeo es una de las siete altas Instituciones de la Unión Europea, integrada por los veintiocho jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros, el Presidente de la Comisión Europea, y el presidente del Consejo Europeo, que es quien preside las reuniones. Sus funciones son de **orientación política y de jefatura colectiva simbólica**, fijando las grandes directrices y objetivos de la Unión en los ámbitos más relevantes; la potestad legislativa le está expresamente vedada por los Tratados

Carece de competencia normativa, formulando **declaraciones, conclusiones y comunicados**, que remite al Consejo de Ministros para su plasmación en un acto normativo. Informará al Parlamento de cada una de sus reuniones emitiendo anualmente un informe sobre los progresos de la UE.

*Consejo de Ministros

Las decisiones pueden adoptarse por mayoría de miembros, por mayoría cualificada o por unanimidad, según se establezca en los Tratados.

*Parlament

2. EL CONSEJO DE MINISTROS

Representa a los estados **miembros y sus intereses nacionales**. Es el **órgano Legislativo de la Comunidad**, y sus integrantes son designados por los Estados miembros siendo frecuentes las reuniones de Ministros de los diferentes ramos.

Características:

- Sede: Bruselas, donde tiene su Secretaría.
- Presidencia: semestral y rotatoria entre los Estados Miembros.
- Su convocatoria corresponde a su Presidente, a iniciativa de éste, de uno de sus miembros, o de la Comisión.
- Adopción de decisiones por mayoría simple, cualificada, por unanimidad. A España le corresponden 27 votos desde el 1 de noviembre de 2004 en la ponderación de votos para la mayoría cualificada. Desde el día 1 de noviembre de 2014 se pronuncia por mayoría cualificada (mínimo un 55% de los

miembros del Consejo incluyendo al menos 15 de ellos y que representen como mínimo un 65% de la población de la Unión). Se considera la posibilidad de bloqueo de decisiones si votan en contra cuatro miembros del mismo.

- El Consejo está asistido por una Secretaría General.

Como competencias tienen las siguientes:

- Órgano Legislativo Fundamental. Tiene poder normativo, adoptando normas jurídicas vinculantes.
- Promueve la coordinación de las políticas económicas generales de los Estados Miembros
- Tienen poder de decisión para dictar actos en cuestiones importantes.

No debe confundirse con el Consejo Europeo, institución comunitaria que reúne a los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros para impulsar la acción política general de la Unión Europea, ni tampoco con el Consejo de Europa, una organización internacional de carácter regional distinta y ajena a la Unión Europea.

3. LA COMISIÓN (Art. 17 TUE).

Es una institución independiente de los Gobiernos de los Estados miembros, representando el interés de la Unión. Es el motor de la integración y garante del desarrollo y cumplimiento de los objetivos comunitarios. Sus funciones son políticas y ejecutivas. Sus miembros o Comisarios son nombrados por cada Estado por cinco años. Entre ellos eligen al Presidente y a los Vicepresidentes por mayoría cualificada y está integrada (entre la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el 31 de octubre de 2014) 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 (28 miembros).

A partir de esta fecha su composición es de 2/3 del número de Estados miembros más el Presidente y el Alto Representante citado.

Como competencias tienen las siguientes:

- **DE CONTROL:** Vela por la aplicación y cumplimiento del derecho comunitario y los Tratados, mediante
 - Recomendaciones y Dictámenes para los Estados miembros.
 - Adopción de Decisiones y Directivas.
 - Inicio de un procedimiento, por incumplimiento o infracción, contra los Estados miembros.
- **DE INICIATIVA**, como la iniciativa legislativa, o la de instar al Consejo su actuación.
- **DE RELACIONES INTERNACIONALES**. Junto con el Consejo tiene la representación de la UE ante terceros Estados y Organizaciones Internacionales, pudiendo negociar acuerdos internacionales.

4. EL PARLAMENTO EUROPEO (Art. 14 TUE).

Órgano político-consultivo que representa a la ciudadanía de la UE, por medio del sufragio universal y directo, por un mandato de 5 años. Su Presidente es elegido por los parlamentarios por dos años y medio, que se integran en grupos parlamentarios. Está compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión. La representación de los ciudadanos será directamente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro. No se asignará a ningún Estado miembro más de noventa y seis escaños.

El vigente Tratado de Niza establece que el número total de eurodiputados sería de 736 a partir de las elecciones europeas de 2009. Con el Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo aumenta su tamaño a 754 diputados hasta 2014, contando desde mayo de 2014 con 766 diputados elegidos en los 28 Estados miembros de la Unión Europea ampliada. En la actualidad el número es de 751 (750 más el Presidente).

Celebra un periodo de sesiones anual, reuniéndose ordinariamente sin previa convocatoria el segundo martes de cada mes, y extraordinariamente a petición de la mayoría de sus miembros, del Consejo o de la Comisión. Su sede se fija en Estrasburgo (12 sesiones plenarias al año) y en Bruselas (sesiones plenarias adicionales y reuniones de las comisiones parlamentarias y los grupos políticos)

Como **competencias** tienen las siguientes:

- Interposición de mociones de censura contra la Comisión.
- Control del Consejo y de la Comisión mediante discusión de Informes y propuestas, y formulación de interpellaciones.
- Valoración de las proposiciones de la Comisión antes de que el Consejo se pronuncie sobre ellas.
- Aprobación o rechazo del proyecto de presupuestos.
- Control de la ejecución de los Presupuestos.

5. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE (Art. 19 TUE)

El **Tribunal de Justicia** (Luxemburgo) es el garante del *"respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado"*. Comprenderá Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunales especializados.

Está compuesto por un Juez por Estado miembro, elegidos entre juristas independientes de reconocido prestigio, elegidos para seis años (renovables), y asistidos por **once abogados generales**. Todos ellos, magistrados y abogados, se renuevan parcialmente cada tres años. Los Jueces eligen entre ellos a su Presidente y al Secretario, y puede actuar en **Salas, Gran Sala y Pleno**.

El **Tribunal General**, que contará con al menos un juez por Estado miembro, será competente para entender en primera instancia de determinados recursos directos interpuestos por personas físicas y jurídicas; de los recursos de los Estados miembros contra la Comisión; de recursos contra el Consejo por los Estados miembros en materias de defensa de la competencia; del recurso de indemnización por daños; los referentes a la Marca comunitaria y los recursos de casación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de la Función Pública, fundamentalmente. Sin embargo, no conocerá de las cuestiones prejudiciales que los tribunales ordinarios puedan plantear, con excepción de las materias recogidas en su Estatuto.

Sus decisiones pueden ser recurridas en casación ante el Tribunal de Justicia, en los dos meses siguientes a que se dicten, y limitando el recurso a las cuestiones de Derecho.

Como **competencias** tienen las siguientes: Consultivas y jurisdiccionales asegurando el cumplimiento y la interpretación de los Tratados. Además, crea las bases del Derecho comunitario. También ejerce el control de legalidad de los actos comunitarios que no sean Recomendaciones o Dictámenes, y estudia mediante el recurso prejudicial, si el Derecho nacional contradice el comunitario, resolviendo en consecuencia.

Como **principios del procedimiento**:

- a. Uniformidad.
- b. Carácter mixto (fases oral y escrita)

- a. Contradicitorio.
- b. Acusatorio.
- c. Inquisitivo.
- d. Público.
- e. Gratuito.
- f. Exigencia de representación en las partes.

La jurisdicción del Tribunal es interna y obligatoria, se prohíben las sentencias *non liquet* (se deberá resolver siempre), es de acceso directo a los particulares y tiene eficacia *erga omnes*.

Los **recursos** de que puede conocer el Tribunal son:

- a. Recurso de incumplimiento o infracción de un Estado miembro.
- b. Recurso de anulación.
- c. Recurso de inactividad.
- d. Recursos de funcionarios.
- e. Recurso de responsabilidad.
- f. Recurso sobre competencia administrativa.
- g. Recurso condicional.

6. EL TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO

El Tribunal de Cuentas, con sede en Luxemburgo, consta de un colegio compuesto por veintiocho miembros, que ejercerán sus funciones por un periodo de seis años renovables, y un Presidente y un Secretario General elegidos de entre aquellos (arts. 285 y 286 TFUE). Es un órgano de control financiero permanente y de fiscalización de la actuación presupuestaria y financiera de la UE, velando por la vinculación presupuestaria, coste de los bienes, servicios contratados.

El Tribunal publica un **Informe Anual** en que evalúa la gestión financiera comunitaria y donde se señalan las áreas mejorables. Igualmente puede elaborar informes especiales sobre la gestión del Presupuesto.

7. EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Ubicado en Fráncfort, es el Banco Central de la moneda única y eje principal del sistema europeo. Su función principal es mantener el poder adquisitivo del euro, y de este modo la estabilidad de precios en la zona euro. También es responsable de fijar las grandes líneas de la Política económica y monetaria de la Unión en conexión con el **Sistema Europeo de Bancos Centrales**.

2. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO ESPAÑOL

El Derecho Comunitario es el conjunto de normas jurídicas que aseguran la realización de los objetivos de los Tratados. Cabe realizar una doble clasificación de sus fuentes en función de su origen y de su carácter.

ORIGEN. Distinguimos entre:

Fuentes Internas.

- a. Fuentes escritas:

- i. **Derecho primario u originario**, es decir, los tratados constitutivos y sus modificaciones.

- ii. **Derecho secundario o derivado**, actos unilaterales adoptados por las Instituciones comunitarias en ejecución de los Tratados (Reglamentos, Directivas y Decisiones).
 - iii. Los **actos atípicos “sui generis” adoptados por las Instituciones**, bien de forma unilateral, bien por acuerdo entre ellas (Declaraciones, Resoluciones, ...)
 - iv. **Derecho complementario de los Tratados**; acuerdos entre los Estados miembros, es decir, fuentes convencionales del Derecho comunitario (convenciones internacionales, ...)
- b. Fuentes no escritas:
- i. **Principios Generales del Derecho.**
 - ii. **Costumbre comunitaria.**
- Fuentes Internacionales.**
- c. Fuentes escritas:
- i. Los Tratados concluidos por los Estados miembros con anterioridad a la constitución de la Comunidad Europea que obliguen a ésta.
 - ii. Los Tratados concluidos por la Comunidad con terceros países.
- d. Fuentes no escritas:
- i. Los Principios Generales del Derecho Internacional Público.

CARÁCTER. Distinguimos entre:

Derecho originario.

Integrado por los Tratados constitutivos de las Comunidades, cuyos preceptos no tienen como únicos destinatarios a los Estados miembros, sino también a los nacionales de éstos. Estaría compuesto por:

1.1. Tratado de Roma de 1957. Dicho Tratado regula:

1.1.1.1. La organización y funcionamiento de las instituciones comunitarias constituyendo el Derecho Internacional comunitario, en cuyo seno pueden distinguirse normas constitucionales, administrativas y financieras.

1.1.1.2. La cualidad de la Comunidad como sujeto de Derecho Internacional Público.

1.1.1.3. El Derecho Económico.

1.2. Tratado de París de 1951.

1.3. Modificación en materia presupuestaria de 1970 y 1975.

1.4. Tratado de Bruselas de 1965.

1.5. El Acta Única europea de 17 de febrero de 1986.

1.6. Tratado de Maastricht de 1992.

1.7. Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997

1.8. Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

1.9. Tratado de Lisboa de 2007, que entra en vigor en 2009.

Derecho derivado.

Normas producidas por los órganos legislativos, pudiendo ser vinculantes (Reglamento, Directiva y Decisión) y no vinculantes (Recomendaciones y Dictámenes)

1. **Reglamento:** Tiene alcance general y es obligatorio para todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, entrando en vigor por su publicación en el DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea), en la fecha en que se determine.

2. **Directiva.** Impone obligaciones de resultado, dejando libertad a los Estados para elegir la forma y medios para su cumplimiento. Requiere de la intervención normativa de los Estados y deben ser notificadas a sus destinatarios, dando un periodo de cumplimiento.
3. **Decisión.** Obligatoria en todos sus elementos pero su destinatario es individual, Estados o personas físicas o jurídicas.
4. **Recomendaciones.** Tienen como objetivo promover determinados comportamientos de los Estados miembros.
5. **Dictámenes.** Las Instituciones Comunitarias expresan su parecer respecto a un asunto determinado, normalmente para la preparación de actos jurídicos posteriores.

RELACIÓN ENTRE DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO ESPAÑOL

El Derecho Comunitario forma parte del Derecho Nacional de los Estados miembros constituyendo Derecho propio de cada uno de ellos, en la misma medida que el Derecho creado por los Órganos constitucionales de cada Estado. En el caso de España, su posible integración venía prevista en el **artículo 93 de la Constitución**, que prevé la posibilidad de una Ley Orgánica que autorice la celebración de Tratados “*por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”. En términos más simples, este precepto viene a autorizar tratados de cesión de soberanía a organizaciones internacionales específicas, aunque no de soberanía general del artículo 1.2.

La norma constitucional habilita el establecimiento de un verdadero “**Derecho supranacional**”, en el sentido de un traslado de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales a organizaciones supranacionales, las cuales podían quedar así habilitadas para ejercer dichas competencias directamente sobre ciudadanos españoles.

El Derecho comunitario es inmediatamente aplicable siendo Derecho positivo en cada Estado sin necesidad de acto alguno de recepción. La norma comunitaria produce un efecto directo ya que toda persona tiene derecho a que los Jueces o Tribunales apliquen las disposiciones comunitarias que resulten aplicables, existiendo tal obligación.

La adhesión de España a la UE, formalizada en **Acta de 12 de junio de 1985**, con entrada en vigor el 1 de enero de 1986, produjo efectos trascendentales sobre el derecho interno de nuestro país. Los artículos 2 a 8 del Acta desarrollan el “*principio de aceptación del acervo comunitario*”, es decir, al convertirse en miembro de la UE se integra en su ordenamiento con todas sus consecuencias. Por tanto, acepta el Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, convirtiéndose en Derecho interno español. En algunos casos con período de adaptación mediante suspensión de vigencia o medidas transitorias.

También hay que destacar la aprobación de la **Ley 47/1985, de 27 de diciembre**, de bases de delegación al Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de Ley en aplicación del Derecho comunitario, derogada por la **Ley 8/1994, de 19 de mayo**, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, modificada a su vez por la **Ley 24/2009, de 22 de diciembre**, y por la **Ley 38/2010, de 20 de diciembre**, esta última para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta.

En conclusión, se entiende por tanto que la llamada **primacía del Derecho Comunitario** opere no sólo con respecto a la norma nacional anterior, sino también con respecto a la posterior.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. CARACTERÍSTICAS. ESTRUCTURA. LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

La Constitución española (CE) de 27 de diciembre de 1978 surge como resultado de un proceso de evolución o reforma política que permitió pasar de un sistema autoritario a uno constitucional en forma pacífica y, desde el punto de vista jurídico, en palabras del **profesor Torcuato Fernández Miranda**, sin que se produjera una ruptura o solución de continuidad en la validez del ordenamiento.

En ese sentido, antes de pasar a estudiar el proceso constituyente y preconstituyente, hemos de señalar que la CE se inserta en una larga tradición constitucional que arranca con la **Constitución de 1812** y que, en palabras del **Profesor Balaguer**, se ha caracterizado por su carácter pendular. Esta tradición se ha visto rota en reiteradas ocasiones, al verse sustituido el orden constitucional por períodos de poder personal; el último y más prolongado de los cuales fue el que va desde 1936 hasta la iniciación del proceso constituyente que culmina en la vigente CE.

Mediante el **Decreto 138/1936, de 29 de septiembre**, de la Junta de Defensa Nacional, se designó al General Francisco Franco Bahamonde, como Jefe del Gobierno del Estado Español y se dispuso que asumiera todos los poderes del nuevo Estado (art. 1). Sin embargo y sin perjuicio de esta reserva de poder personal, a lo largo del régimen se fueron aprobando una serie de "Leyes Fundamentales" (hasta siete) que establecían un aparato institucional, ejecutivo y legislativo. Estas normas tenían un carácter eminentemente organizativo.

Uno de estos aspectos organizativos era la cuestión sucesoria, tratada en la **Ley de Sucesión de 1947**. En virtud de ello, por **Ley de 62/1969, de 22 de julio, relativa a la sucesión en la Jefatura del Estado**, fue designado sucesor en la Jefatura del Estado, a título de Rey, y para el supuesto de muerte, renuncia o incapacidad del General Franco, don Juan Carlos de Borbón. Un segundo aspecto de las Leyes Fundamentales se refería a la rigidez de su reforma, para la que se requería un procedimiento agravado, que incluía el referéndum popular, además de la aprobación por parte de las Cortes, no elegidas democráticamente.

La muerte del General Franco, **20 de noviembre de 1975**, supuso la proclamación de don Juan Carlos como sucesor, bajo el nombre de **Don Juan Carlos I**, y poco después (julio de 1976) la formación de un Gobierno presidido por **Adolfo Suárez González** y designado según la legislación vigente. Este Gobierno envió, en octubre de 1976, a las Cortes un **proyecto de Ley para la Reforma política**, que fue aprobado y, posteriormente, y según todos los requisitos exigidos por las Leyes Fundamentales sometido a referéndum.

La **Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política** (LRP) fue el instrumento jurídico que posibilitó el paso de la dictadura a la democracia. Esta Ley representó una notable alteración de las leyes fundamentales; sin introducir un sistema democrático-constitucional hacía posible su creación. Contenía cinco artículos, tres disposiciones transitorias, una disposición final y venía, esencialmente, a regular dos cuestiones básicas para la transición a la democracia:

- Por un lado, reformaba el sistema institucional, creando unas Cortes bicamarales, elegidas por sufragio universal, directo y secreto, a quienes se confiaba el poder legislativo (arts. 1 y 2).
- Por otro lado, en su art. 3 establecía un procedimiento de reforma constitucional, que requería la intervención de las Cortes y el posterior referéndum popular.

La Ley se incardinaba formalmente en el ordenamiento vigente (su disposición final la definía expresamente como (“Ley fundamental”) pero 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 LRP, diversas normas hicieron posible el ejercicio de las libertades de reunión, asociación, sindicación y huelga, entre otras. Y el **Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo**, reguló el procedimiento para la elección de las Cortes, elección que se llevó a cabo el **15 de junio de 1977**, en las primeras elecciones libres desde febrero de 1936.

Una de las tareas prioritarias de las Cortes salidas de esas elecciones fue la redacción de una Constitución. **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. Este fue discutido en la Comisión citada y, posteriormente, discutido y aprobado por el Congreso de los Diputados. A continuación, 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 (de acuerdo con las previsiones de la LRP) la intervención de una Comisión Mixta Congreso-Senado, que elaboró un texto definitivo, que fue votado y aprobado por las dos Cámaras. Sometido a referéndum fue ratificado el **día 6 de diciembre de 1978**, sancionado el día 27 del mismo mes por el Rey, y publicado en el **BOE el 29 de diciembre de 1978**.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

Las características del proceso constituyente determinaron los rasgos distintivos o característicos del texto constitucional. Este proceso y la propia historia constitucional española han venido a determinar que nuestra actual CE sea la fuente primaria y esencial del derecho constitucional español y que entre sus rasgos y características podamos citar los siguientes:

- a) Es una **constitución normativa**. A diferencia de las constituciones semánticas, cuyos preceptos eran meramente declarativos de unas intenciones políticas, las normas contenidas en ella son directamente aplicables y vinculantes.
- b) Es la **norma suprema y fundamental**. Sus mandatos y preceptos son invulnerables y resistentes frente a cualquier otra norma de nuestro ordenamiento y frente a la actividad de los poderes públicos. Lo que significa el carácter fundamental de la CE es que sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas, esto es, que no son alterables o modificables por los poderes públicos en su actuación ordinaria. En este sentido, los preceptos constitucionales son básicos, en cuanto inatacables. Por ello, los mandatos de la CE han de entenderse también como límites a los poderes del Estado.
- c) Es una **constitución garantista**. Esta voluntad se manifiesta inequívocamente, por ejemplo, en la pretensión de fuerza normativa directa de la CE en materia de derechos fundamentales; en la sujeción a sus mandatos de todos los poderes públicos, como dispone el art. 9.1; en los procedimientos agravados o dificultados para su reforma, que impiden al legislador alterarlos mandatos constitucionales; entre otros.

d) Se trata de una **constitución rígida**. Este rasgo se desprende del carácter agravado de la reforma y de las especiales dificultades que se plantean a dicho procedimiento, el cual parece estar diseñado para evitar o disuadir la propia reforma más que para favorecerla.

e) Del punto anterior se desprende que debido a su rigidez e inalterabilidad, nos encontramos ante una **norma con una marcada vocación de estabilidad**, la cual fue concebida por los constituyentes para su empleo y vigencia en tiempos y circunstancias posteriores y distintas de aquellos en los que se redactó.

f) Otra de las características de la CE es su **carácter prolíjo y extenso**. Por un lado, la amplitud de las materias objeto de regulación constitucional. Pocos aspectos de la vida social quedan sin alguna regulación por parte del texto constitucional. La CE incluyó así mandatos referentes, no sólo a las instituciones clave del Estado sino también a instituciones de muy distinto tipo (Tribunal Supremo, Consejo de Estado, Colegios profesionales, Fuerzas Armadas, Universidades, etc...), entidades territoriales (municipios, islas, provincias, Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla) y, destacadamente, respecto a instituciones relativas a la ordenación de la vida económica y social, como son los derechos de la persona (de libertad, de participación, económicos) y los “principios rectores de la política social y económica”.

g) La CE es una **constitución de consenso**, como se manifestó en su misma aprobación: los votos negativos fueron en el Congreso 6, frente a 325 (y 14 abstenciones) y en el Senado 5, frente a 226 (y 8 abstenciones). Los más diversos partidos y posiciones ideológicas concurrieron en su aprobación.

h) **Ambigüedad:** una constitución ha de ser redactada con una ambigüedad calculada que deje margen a la interpretación para que, dentro del respeto a los principios por ella instituidos, y por medio de la labor creadora del poder legislativo y de la interpretación del TC, pueda ser adaptada a las nuevas circunstancias sin necesidad de recurrir a reformas. De hecho, los preceptos constitucionales tienen una definición/ambigüedad inversamente proporcional al acuerdo existente entre los constituyentes en las distintas materias que regula. Es lo que el **Profesor López Guerra** define como la “*diversa precisión e intensidad de la regulación constitucional de las diferentes materias*”. En materias objeto de 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 menos expresivas políticamente, y necesitadas de una interpretación. Así por ejemplo, el caso del aborto y la formulación del Derecho a la Vida, (art. 15 CE), que se redactó con el impersonal “*todos tienen derecho a la vida*”.

i) Como dice **Sánchez Agesta** la CE 1978 “*se sitúa en el ámbito internacional dentro de las nuevas corrientes europeas que aparecen después de la II GM y se caracterizan por conjugar criterios sistemáticos centrados en lo que se ha denominado procesos de decisión o fenómenos que tienen su encaje en las nuevas realidades tratadas por los estudiosos del Derecho Constitucional y de la Teoría Política...*”. Se trata por tanto, de una constitución que muestra claras **influencias de otros textos constitucionales de países de nuestro entorno geopolítico**. Muestra influencias de las **Leyes Fundamentales de Bonn de 1949**, texto constitucional de la República Federal Alemana. La zona máxima de coincidencia se encuentra en “El catálogo de Derechos y Libertades”, sin duda influencia directa del texto constitucional alemán; así como la calificación del estado español como Estado Social y Democrático de Derecho y las consecuencias que se derivan de ello. En el ámbito de la forma de Gobierno en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, los constituyentes españoles se inspiraron en uno de los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política

del Gobierno: “la moción de censura de carácter constructivo”, que debe incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno; de la **Constitución Francesa de 1958** en lo referente a la configuración de la Ley Orgánica así como la organización del Estado; de las Constituciones Nórdicas en lo referente a la regulación de la figura del Defensor del Pueblo (*Ombudsman*); de la **Constitución Italiana de 1947** la configuración del Estado Regional Italiano, como modelo de estado descentralizado, y el reconocimiento del principio de igualdad o cláusula general de la igualdad tanto desde el punto de vista formal como material o substancial; de la Constitución Portuguesa de 1976, la inclusión de determinados derechos de tercera generación como protección de la tercera edad, medio ambiente etc...

3. LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Atendiendo a la forma del texto constitucional, tiene la clásica estructura en títulos, capítulos, secciones y artículos. La CE consta de un preámbulo, once títulos, ciento sesenta y nueve artículos, cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria y una final.

Atendiendo a la naturaleza de las materias que regula podría establecerse una primera división de la CE. Así pues, la CE estaría compuesta por una primera parte a la que podríamos llamar **Dogmática** y otra segunda a la que denominaríamos **Orgánica**. La **parte dogmática** incluiría los grandes principios, valores y fundamentos del nuevo Estado, así como la proclamación de los Derechos y Libertades Fundamentales. La **parte orgánica** regularía la creación y funcionamiento de las instituciones del Estado. Por su parte, en la parte orgánica se diseña la estructura del Estado regulando los órganos básicos que ejercen los poderes estatales. El sistema español conserva el diseño tripartito de división de poderes de Montesquieu, entre **Poder ejecutivo, Poder legislativo y Poder judicial**. Los apartados correspondientes en la Constitución Española son los siguientes:

- Título I. “De los Derechos y Deberes Fundamentales” (artículos 10 a 55)
- Título II. “De la Corona» (artículos 56 a 65)
- Título III. “De las Cortes Generales” (artículos 66 a 96)
- Título IV. “Del Gobierno y de la Administración” (artículos 97 a 107)
- Título V. “De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales” (artículos 108 a 116)
- Título VI. “Del poder judicial” (artículos 117 a 127)
- Título VII. “Economía y Hacienda” (artículos 128 a 136)
- Título VIII. “De la organización territorial del Estado” (artículos 137 a 158)
- Título IX. “Del Tribunal Constitucional” (artículos 159 a 165)
- Título X. “De la reforma constitucional” (artículos 166 a 169)

La parte dogmática está incluida en todo el Título Preliminar (arts. 1 a 9) y en el Título Primero, denominado “De los Derechos y Deberes Fundamentales” (arts. 10 a 55).

Así pues, a tenor de lo dispuesto en el **art. 1 CE**, “*España se constituye como 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*”. Al proclamarse España como estado de Derecho, reconoce el imperio de la ley, esto es, el sometimiento de todos, ciudadanos y poderes públicos, a la ley y al Derecho (art. 9.1). En este primer artículo también se dispone que “*La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*” y que “*La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria*”.

Por su parte el art. 2 dispone que “*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*”. Se establece el **castellano como lengua oficial** y común en todo el territorio nacional, el derecho a usarlo y el deber de conocerlo, conjuntamente con el reconocimiento de las demás lenguas españolas como patrimonio cultural español y el otorgamiento a las mismas del carácter cooficial en el seno de sus territorios (art. 3). Se establece la **Bandera Nacional** (art. 4) formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas. Igualmente, en el mismo artículo, se reconoce el derecho de las autonomías a elegir sus propias banderas. Se fija la **capital del Estado** en la Villa de Madrid (art. 5). Se reconoce a los partidos políticos como instrumento articulador de la participación política, siendo expresión del pluralismo político, y coadyuvantes en la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6), su funcionamiento y estructura deberán ser democráticos. En similares términos se expresa la CE respecto de sindicatos y patronales en el art. 7.

En el art. 8 se reconoce a las FAS, constituidas por el ET, la Armada y el EA, como alta institución del Estado y se les encomienda la “*misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*”. El apartado 2º del art. 8 prevé que una Ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la nueva Constitución.

Finaliza el Título Preliminar fijando las **bases del Estado de derecho** al reconocer en su artículo 9, el cual se divide en tres apartados, que “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*” (art. 9.1); 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*” (art. 9.2), enunciado que constituye la máxima expresión del estado social, entendido como aquel que actúa en pro de los derechos y libertades de sus ciudadanos; y que “*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*” (art. 9.3) todos ellos principios fundamentales e irrenunciables del Estado de Derecho.

4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

La Reforma Constitucional tiene en nuestro ordenamiento una conformación dual. Ya que, junto al procedimiento ordinario de reforma, previsto para aquellas modificaciones no sustanciales del texto constitucional, aparece un procedimiento que ha sido calificado por la doctrina como **agravado** debido a las trabas que se le ponen a la propia reforma, hasta tal punto, que algunos expertos han sugerido que está más orientado a blindar la constitución y determinadas instituciones del estado, que a posibilitar la reforma.

Si bien es cierto que profesores como **López Guerra** o **Balaguer Callejón**, recurriendo a una interpretación histórica y auténtica de la norma, han señalado la voluntad del constituyente de forzar a reeditar el consenso constitucional entre los reformadores, cuando la reforma suponga la revisión total de la CE o sea una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título 1, o al Título II (art. 168.1). En este caso tendríamos que recurrir al procedimiento agravado de reforma y reeditar los consensos de 1978.

La reforma constitucional, regulada en el título X de la CE, arts. 166 a 169, se ejercerá como si de una iniciativa ordinaria se tratara, en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 87 (art. 166).

El **procedimiento ordinario de reforma** está regulado en el artículo 167, el cual dispone que los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de 3/5 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. 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. Una vez aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los 15 días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Por su parte, el art. 168 establece el **procedimiento agravado de reforma** disponiendo que se procederá a la aprobación del principio por mayoría de 2/3 de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de 2/3 de ambas Cámaras. Aprobada la reforma por las Cortes Generales será sometida a referéndum para su ratificación.

En ningún caso podrá iniciarse la reforma constitucional cuando esté vigente alguno de los estados previstos en el art. 116 o en tiempo de guerra.

Primera Reforma Constitucional (1992)

1. Antecedentes

La primera reforma constitucional consistió en añadir, en el art. 13.2, la expresión **y pasivo** referida al **ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales**.

El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el TUE por el que, entre otros, se modificaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Su art. 8.B prescribiría, tras la aprobación del TUE que *"todo ciudadano de la Unión europea 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..."*.

El Gobierno de la Nación, en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 24 de abril de 1992, acuerda iniciar el procedimiento previsto en el art. 95.2 CE al objeto de que el TC se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la CE y el que sería art. 8.B citado.

2. Referéndum

En aplicación, de lo dispuesto en el art. 167.3 CE, a partir de la fecha de aprobación de la Proposición de Reforma, se abrió plazo para que, bien 1/10 parte de los miembros del Congreso, bien 1/10 parte de los miembros del Senado, solicitaran que la reforma aprobada por las Cortes Generales fuera sometida a referéndum para su ratificación. (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 147-4 y BOOG. Senado, serie III B, núm. 24-f). Transcurrido el plazo sin que se hubiera solicitado someter la reforma a referéndum, se publicó el texto definitivo de la Reforma del art. 13.2 CE en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 147-5, de 20 de agosto de 1992.

3. Sanción, Promulgación y Publicación

Su Majestad el Rey sancionó y promulgó la reforma constitucional en el Palacio de Oriente de Madrid, el 27 de agosto de 1992 y el BOE publicó el texto de la Reforma Constitucional el día 28 de agosto de 1992. Ese mismo día se publicaron, también, las versiones en las restantes lenguas de España.

Segunda Reforma Constitucional (2011)

1. Antecedentes

A decir de los firmantes de la iniciativa en su exposición de motivos, en el contexto de una profunda y prolongada crisis económica se hacen cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera. La **estabilidad presupuestaria** adquiere un valor estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado. Por otra parte el **Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la zona euro** tiene como finalidad prevenir la aparición de déficits presupuestarios excesivos dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona. La reforma del art. 135 CE persigue garantizar el **principio de estabilidad presupuestaria** vinculando a todas las Administraciones Públicas, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y garantizar la sostenibilidad económica y social

2. Referéndum

En aplicación, de lo dispuesto en el art. 167.3 de la CE, a partir de la fecha de aprobación de la Proposición de Reforma, se abrió plazo para que, bien una décima parte de los miembros del Congreso, bien una décima parte de los miembros del Senado, solicitaran que la reforma aprobada fuera sometida a referéndum para su ratificación. (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-5 y BOCG. Senado, núm. 108, ambos de 8 de septiembre). Transcurrido el plazo sin que se hubiera solicitado por un número suficiente de diputados o senadores someterla a referéndum, se publicó el texto definitivo de la Reforma del art. 135 CE en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-7, de 28 de septiembre de 2011.

3. Sanción, Promulgación y Publicación

Su Majestad el Rey sancionó y promulgó la Reforma Constitucional en Madrid, el 27 de septiembre de 2011 y el BOE publicó el texto el día 27 de septiembre (BOE núm. 233). Ese mismo día se publicaron, también, las versiones en las restantes lenguas de España.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 3

LAS CORTES GENERALES. LAS FUNCIONES DE LAS CORTES. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS CORTES.

1. LAS CORTES GENERALES.

En un Estado que reviste la forma política de Monarquía parlamentaria, el Parlamento, que en España recibe la denominación histórica de Cortes Generales, asume forzosamente un papel capital en la estructura del sistema.

Una idea de la importancia que en el texto constitucional se le concede a esta institución la da, por un lado, la posición que ocupa dentro de la CE, justo detrás de la Corona y delante del Título IV (Del Gobierno y la Administración), así como, por otro lado, el número de artículos que la regulan, treinta y uno en total, siendo después del Título I, el más extensamente regulado en la CE. Esta materia está alojada en el Título III, que bajo la denominación “*De las Cortes Generales*”, se divide en tres capítulos, los cuales se intitulan respectivamente: “*De las Cámaras*” (capítulo I; arts. 66 a 80); “*De la elaboración de las leyes*” (capítulo II; arts. 81 a 92); y “*De los tratados internacionales*” (capítulo III; arts. 93 a 96).

La primera característica es la de su **carácter representativo**. Las Cortes representan al pueblo español (art. 66.1), titular de la soberanía nacional del que, según el art. 1.2, emanen todos los poderes del Estado. La forma de articular el ejercicio de dicha soberanía, es por medio de las elecciones de los parlamentarios. Por otro lado, las Cortes Generales son uno de los escenarios fundamentales del sistema democrático. Son **inviolables** (art. 66.3); basta señalar a este respecto los arts. 492 a 501 del Código Penal (CP), sobre delitos contra las Instituciones básicas del Estado.

La tercera característica esencial es su **estructura bicameral**. La CE dispone que las Cortes están compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado (art. 66.1). De acuerdo con la CE, el bicameralismo parece ser nominalmente una consecuencia del reconocimiento constitucional (art. 2) del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España. Por ello, el art. 69.1 CE señala que “*el Senado es la Cámara de representación territorial*”. Pero el bicameralismo plasmado en la CE no es un bicameralismo perfecto, es asimétrico y desigual.

Dispone el art. 68.1 CE que el Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos todos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la Ley. La Ley por la que se ha regulado este aspecto es la **LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)**, en cuyo art. 162.1 se fija en 350 el número total de Diputados en el Congreso. El reparto de escaños atiende a criterios de representación proporcional, con una cuota mínima del 3% de los votos válidos emitidos. Entre los muchos sistemas proporcionales posibles, la Ley ha optado por la **fórmula del Dr. D'Hondt**. Estos criterios de representación proporcional vienen exigidos en el art. 68.3 CE. La elección de este sistema (**profesor Eduardo Espín**) puede ser porque la consecución de mayorías absolutas y relativas, y los gobiernos por ellas apoyados, se ven obligados a buscar apoyos de otras fuerzas.

El número de Diputados se reparte atendiendo a las reglas fijadas por el art. 68.2 CE, atendiendo a la circunscripción electoral, que es la provincia. A cada una le corresponderán inicialmente dos diputados, salvo a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla que estarán representadas por uno sólo, repartiéndose el resto en los términos que dispone el art. 162.3 de la LOREG.

Por su parte, la elección de los Senadores, tal y como se regula en la LOREG, responde a un sistema mayoritario corregido hacia la proporcionalidad no existiendo listas cerradas, sino candidaturas abiertas.

Respecto de los senadores podemos realizar una doble distinción, atendiendo al origen de su nombramiento, entre senadores provinciales y senadores autonómicos. Los primeros tienen su razón de ser en el art. 69.2 a 69.4 CE. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores -Gran Canaria, Mallorca y Tenerife- y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma. Por su parte Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores. El art. 166 LOREG desarrolla el art. 69 CE.

Los senadores autonómicos, se prevén en el art. 69.5 CE, el cual dispone que las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio.

La designación corresponderá a la Asamblea Legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional (art. 165.4 LOREG). Pero esta diferenciación no implica diferencia alguna en cuanto al estatuto aplicable a los mismos.

La periodicidad de la elección del Senado y del Congreso es **cuatrienal**, período que determina además la duración máxima del mandato de los parlamentarios.

La organización y el funcionamiento del Congreso de los Diputados y del Senado se regulan concretamente en sus respectivos Reglamentos. El **Reglamento del Congreso de los Diputados** es de 24 febrero 1982. El **Reglamento del Senado** fue aprobado como Texto Refundido de 3 mayo 1994. De este modo se ha dado cumplimiento con el mandato constitucional contenido en el art. 72 CE.

Con respecto al estatuto de Diputados y Senadores, su mandato está íntimamente ligado al derecho de sufragio activo y pasivo establecido en el art. 23.1 CE. Son las dos caras de una misma moneda. El estatuto de los parlamentarios se concreta en estas tres notas: **independencia, inmunidad e inviolabilidad**.

En cuanto a la primera característica hemos de señalar que los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo (art. 67.2 CE) y su voto es personal e indelegable (art. 79.3 CE). Así pues, no debería darse dentro de las Cortes la disciplina de voto y en ese sentido se ha venido pronunciando el TC desde las SSTC 5/1983, de 4 de febrero, y 10/1983, de 21 de febrero.

Por lo que se refiere a la inmunidad el art. 71.2 CE establece que gozarán de ella y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. La inviolabilidad es una prerrogativa al servicio de su libertad de expresión y de la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenecen, garantizando la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones. Consiste en una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad de los parlamentarios durante su mandato contra detenciones y procesos judiciales que pueden desembocar en su privación. Su razón de ser es evitar que se altere indebidamente la composición y funcionamiento de las Cámaras. En su virtud sólo pueden ser

detenidos en caso de flagrante delito y, asimismo, no pueden ser inculpados, ni procesados sin la previa autorización de la Cámara (el llamado **suplicatorio**).

Estos aspectos, inmunidad e inviolabilidad están regulados en los arts. 10 a 14 del Reglamento del Congreso y 21 y 22 del Reglamento del Senado. Este fuero especial determina que en cualquier causa que se siga contra diputados o senadores, el órgano jurisdiccional competente será la Sala 2^a, de lo Penal, del TS.

Una vez celebradas las elecciones, para acceder a la condición de parlamentario, los candidatos deberán tomar posesión de sus respectivas actas (art. 70.2 CE). El control judicial de su validez se articula a través del recurso contencioso-electoral que regulan los arts. 109 y ss. de la LOREG.

El art. 70.1 CE, posteriormente desarrollado por los arts. 6 y 154 a 160 de la LOREG determina una serie de incompatibilidades que hacen inelegibles a quienes en ellos concurran, y que comprenderán, en todo caso:

- a) A los componentes del TC.
- b) A los altos cargos de la AGE que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno.
- c) Al Defensor del Pueblo.
- d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.
- e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.
- f) A los miembros de las Juntas Electorales.

Del mismo modo ningún parlamentario podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni parlamentario autonómico y Diputado al Congreso. Además, las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios (art. 67.1 CE). Los Diputados y Senadores percibirán una asignación fijada por las respectivas Cámaras.

2. LAS FUNCIONES DE LAS CORTES.

El art. 66.2 CE dispone que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la CE. Igualmente aprueban sus propios Reglamentos, sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (art. 72.1 CE).

Potestad legislativa. Alude al poder de creación de normas jurídicas con rango y fuerza de ley. Dichas normas son Leyes Orgánicas, Leyes ordinarias y Leyes de Bases. Además las Cortes aprueban la legislación delegada (decretos leyes y decretos legislativos). *Gobierno* *Cortes*

La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno (proyectos de ley, art. 88 CE), al Congreso y al Senado (proposición de ley, art. 89 CE), de acuerdo con la CE y los Reglamentos de las Cámaras (art. 87.1 CE). Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley. 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 ley orgánica, tributarias o de carácter internacional ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia. Dicha ley es la **LO 3/1984, de 26 marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular**.

La regulación concreta del procedimiento legislativo se halla en el Reglamento del Congreso y del Senado. El procedimiento legislativo común en el Congreso de los Diputados y para el caso de los proyectos de ley sigue los siguientes trámites:

- a) El Gobierno envía el proyecto, aprobado en consejo de ministros (art. 88 CE), acompañado de una exposición de motivos y los antecedentes necesarios.
- b) La Mesa ordena su publicación en el “Boletín Oficial del Congreso”.
- c) Publicado el proyecto, los Diputados y los Grupos parlamentarios pueden presentar enmiendas que podrán ser a la totalidad o al articulado.
- d) Se debaten las enmiendas, se votan y se aceptan o rechazan. Si son a la totalidad se debaten y votan en el Pleno.
- e) Se trabaja en las comisiones correspondientes redactándose un informe sobre el texto y enmiendas, tras el que se debate y vota, artículo por artículo, en la Comisión, emitiéndose un Dictamen.
- f) Se eleva el Dictamen al Presidente del Congreso. Los Grupos parlamentarios comunicarán al Presidente los votos particulares y enmiendas que pretendan defender en el Pleno.
- g) Finalmente, se producirá el debate y votación en el Pleno.

En el Senado la tramitación es semejante. Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste. El Senado, en el plazo de dos meses a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante escrito motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple (art. 90 CE). El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá a veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados. El Rey sancionará en el plazo de 15 días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación (art. 91 CE). Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de los ciudadanos (art. 92 CE).

Según el art. 75.1 CE, no obstante, las Cámaras podrán delegar en las Comisiones la aprobación de proyectos de ley. En tal caso el procedimiento básico es el mismo que se ha expuesto salvo el trámite de deliberación y votación final en el Pleno. 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. En ningún caso serán susceptibles de delegación en las comisiones la reforma constitucional las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.

En el caso de Leyes orgánicas se sigue el procedimiento legislativo ordinario pero, además, debe haber una votación formal sobre el conjunto del texto requiriendo mayoría absoluta (art. 81.2 CE).

Función financiera. Potestad de las Cortes para determinar la estructura de los ingresos y gastos del Estado. La función financiera comprende, por un lado:

- a) La **potestad tributaria** consiste en la capacidad para imponer tributos. La CE atribuye dicha capacidad “exclusivamente al Estado, mediante ley” (art. 133.1 CE). El art. 133.2 reconoce la potestad

Cree que lo común es que ellos solo aprueban los presupuestos y los elabora el gobierno.

tributaria de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, "de acuerdo con la Constitución y las leyes". Se trata de una potestad tributaria condicionada a una ley orgánica (art. 157.3 CE).

b) La **potestad presupuestaria** se concreta en la elaboración del Presupuesto. La importancia de los presupuestos es tal que los presupuestos del Estado han incluido frecuentemente disposiciones de modificación de leyes sustantivas (STC 63/86).

Función de control parlamentario y exigencia de responsabilidad al Gobierno. Actividad prevista en el art. 66.2 CE y que se concreta en las siguientes funciones:

- a) **Información y control:** recabar información y documentación de la Administración (art. 109 CE y 7 RC); reclamar la presencia de los miembros del Gobierno (art. 110 CE); establecimiento de sesiones informativas (arts. 202 y 203 RC y 182 RS); debate "sobre el Estado de la Nación" (arts. 196 y 197 RC).
- b) **Preguntas:** los arts. 111 CE y 191 RC establecen un tiempo mínimo semanal para preguntas e interpellaciones.
- c) **Interpelaciones**, "sobre los motivos o propósitos de la política del Ejecutivo en cuestiones de política general" (art. 181.1 RC).
- d) **Comisiones de Investigación** (art. 76.1 CE).
- e) Pronunciamiento sobre **cuestión de confianza** presentada por el presidente del gobierno (art. 112 CE).
- f) La votación de la **moción de censura** (arts. 113 y 114 CE).

Otras funciones. El art. 66.2 añade que las Cortes tienen, también, las demás competencias que les atribuya la Constitución. En relación con la Corona (art. 57.3, 57.4, 59.2, 59.3 y 60.1) o con el Gobierno; con la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio (art. 116 CE); relativas a las relaciones internacionales, como autorizar obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Y, en relación con otros órganos constitucionales, proponen al Defensor del Pueblo, a los integrantes del TC, del CGPJ y del Tribunal de Cuentas. También recibir siempre por escrito peticiones individuales y colectivas (art. 29 CE).

3. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS CORTES.

Para su correcto funcionamiento deben ser convocadas válidamente (art. 67.3 CE). Además, para adoptar acuerdos deben estar reunidas reglamentariamente y **con quórum**. Dichos acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la CE o las leyes orgánicas y las que para la elección de personas establezcan sus Reglamentos (art. 79 CE).

Una vez celebradas elecciones, que deberán haber tenido lugar entre los 30 y 60 días desde la terminación del mandato, el Congreso electo deberá ser convocado dentro de los 25 días siguientes a las elecciones. Las Cámaras se componen del Presidente, los vicepresidentes, la mesa, y el pleno. Una vez constituidas, las Cámaras elegirán a sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus Mesas. Las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso. Los Presidentes de las Cámaras ejercen en nombre de las mismas todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes. Establece el art. 75 CE que las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones. Las sesiones plenarias de las Cámaras, presentes todos los miembros, serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento (art. 80 CE).

Las Cámaras se reunirán anualmente en **dos períodos ordinarios de sesiones**: el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo, de febrero a junio. Sin perjuicio de lo anterior, las Cámaras podrán reunirse en **sesiones extraordinarias** a petición del Gobierno, de la Diputación permanente o de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Las Cámaras se reunirán en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales (arts. 57, 59, 60, 61 y 63 CE).

Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los artículos 94.1 (prestación del consentimiento del Estado para obligarse por tratado internacional), 145.2 (autorización para la celebración de convenios inter autonómicos), y 158.2 (distribución del fondo de compensación), se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiera acuerdo, se intentará obtenerlo por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. Esta Comisión presentará un texto, que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta.

Por lo que se refiere a los distintos tipos de comisiones, además de las Comisiones Permanentes, Legislativas o no (exteriores, de defensa, etc...), previstas en los Reglamentos del Congreso y Senado, la **Ley 8/1994, de 19 mayo**, por la que se desarrolla la Comisión Mixta para la Unión Europea. Otro tipo de comisión son las comisiones de investigación. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas. Estas comisiones están reguladas por la **Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo**, de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras.

En cada Cámara habrá una **Diputación Permanente** compuesta por un mínimo de 21 miembros que representarán a los grupos parlamentarios, en proporción a su importancia numérica. Las Diputaciones Permanentes estarán presididas por el Presidente de la Cámara respectiva y tendrán como funciones la prevista en el art. 73, la de asumir las facultades que correspondan Cámaras, de acuerdo con los arts. 86 y 116, en caso de que éstas hubieren sido disueltas o hubiera expirado su mandato y la de velar por los poderes de las Cámaras, cuando éstas no estén reunidas. Reunida la Cámara correspondiente, la Diputación Permanente dará cuenta de los asuntos tratados y de sus decisiones.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 4

LA CORONA. EL REY. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. LA CORONA. EL REY.

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. 1 de la Constitución completa esta serie de enunciados básicos con la afirmación de que “*la Monarquía parlamentaria es la forma política del Estado*” (art. 1.3 CE).

Está alojada en el Título II de la CE, arts. 56 a 65, el cual, bajo el epígrafe “*De la Corona*”, regula la propia figura del Rey, la sucesión al trono, la Regencia y la Tutela del Rey menor y las funciones del Rey. El art. 56.1 CE es la norma de cabecera de todas las relativas al Rey. Define su posición constitucional y sus funciones.

Una primera calidad que se predica del monarca es su **inviolabilidad** y su **irresponsabilidad**. La fórmula recogida en el art. 56.3 CE dispone que “*La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo dispuesto en el artículo 65.2*”. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. Para los casos en que ninguno de aquéllos pueda refrendar los actos del Rey, serán refrendados por el Presidente del Congreso (art. 64.1 CE). De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden (art. 64.2 CE). El refrendo consiste, pues, en la autorización o confirmación de los actos del Rey por otro órgano constitucional.

El Rey es el **Jefe del Estado** (art. 56.1 CE). Nos encontramos ante un órgano constitucional, emanado directamente de la CE, y en cuya virtud ocupa una posición de paridad jurídica con el resto de los órganos del Estado. Sus funciones, salvo en lo referente al gobierno de la Casa Real (art. 65.2 CE), son regladas, y consisten en la formalización de la voluntad de otros órganos constitucionales. Todas las funciones que los arts. 62 y 63 asignan al Rey, tienen esta naturaleza. Dispone el art. 62 CE que corresponde al Rey:

- a) Sancionar y promulgar las leyes (art. 91 CE)
- b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la CE (arts. 99.5 y 115 CE)
- c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la CE.
- d) Proponer el candidato a Presidente de Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución (arts. 99.1, 99.3 Y 114 CE)
- e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.
- f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares, conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.
- g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno.
- h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.
- i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.
- j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias.

Por su parte y según el art. 63 CE, corresponde al Rey la acreditación de embajadores y otros representantes diplomáticos así como la recepción de las credenciales diplomáticas de los representantes extranjeros en

España. Pero además, el Rey manifiesta el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la CE y las leyes. Igualmente le corresponde, previa autorización de las Cortes Generales declarar la guerra y hacer la paz. Correspondrá a la Corona una mayor dignidad formal, honorífica y protocolaria. Muestra de ello es la posición que ocupa en el texto constitucional: el Título II.

O lo referido en el apartado 2 del art. 56 CE, cuando establece que “*su título será el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona*”, aspecto este último recogido en el **RD 1368/1987, de 6 Noviembre. Régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y la Regencia..** Así por ejemplo, los títulos de Rey de Jerusalén, Duque de Atenas y Neopatria, Rey de Nápoles y de Sicilia, etc...

Además dispone el art. 56.1 CE que el Rey es el **símbolo de la unidad y permanencia del Estado**, como cualidad inherente a todo jefe de estado (art. 87 Constitución Italiana de 1947 o art. 5 de la Constitución Francesa), esto es, personificar al Estado. En el caso español además esto es así porque nos encontramos ante una institución que refuerza simbólicamente la continuidad histórica de España (de ahí que se preste especial atención a la regulación de la unidad dinástica -art. 57.1 CE-) y de su unidad en la diversidad. Circunstancia esta última que tiene en la Corona su símbolo supremo, tal como se refleja en el juramento que tanto el Rey como el Príncipe de Asturias, deben prestar, “*de respetar los derechos de los ciudadanos y de las comunidades autónomas*” (art. 61 CE).

Del mismo modo, el art. 56.1 determina que el Rey **arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones del Estado**. Esto comporta una exigencia de neutralidad política. La **función moderadora** que nuestra constitución prescribe respecto del Monarca, consiste en la magistratura de influencia que le corresponde ejercer en relación con el Gobierno, y que se concreta en los derechos del Rey a ser consultado, a animar y a advertir. Por otro lado, la **función arbitral** del Rey se caracteriza por la neutralidad política del arbitrio y por la limitada extensión de los poderes arbitrales. Se trata de un arbitraje al servicio del buen funcionamiento del Estado en determinadas circunstancias, basado en su *auctoritas moral* (supuestos de proposición del candidato a Presidente del Gobierno). Añadir por último que la función arbitral del art. 56.1 CE también puede ejercerse mediante mensajes públicos del Rey.

El art. 56.1 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. Lo que implica la segunda 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 CE manifiesta una especial vocación de cooperar (art. 11.3 CE).

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 CE, que proclama al art. 9.1 CE. 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 CE la defensa del ordenamiento constitucional.

En lo que se refiere al establecimiento de la dinastía y a la **regulación de la sucesión así como de la tutela y la regencia del Rey menor de edad**, estas instituciones están reguladas en los arts. 57 a 60 CE. En primer

lugar cabe señalar la reserva de Ley Orgánica que para esta materia, abdicaciones y renuncias y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden sucesión a la Corona, se prevé en el art. 57.5 CE.

Dispone el art. 57.1 que la Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos de Borbón, I de España, legítimo heredero de la dinastía histórica. La **sucesión** en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de mayor edad a la de menos. En el caso de que todas las líneas llamadas en Derecho a suceder se hubieran extinguido, las Cortes Generales proveerán a la sucesión la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España.

Respecto de la preferencia del varón sobre la mujer, es una cuestión controvertida a la luz del art. 14 CE, lo que ha suscitado un debate sobre la conveniencia o no de reformar la Constitución. Recordemos que al estar alojado este precepto en el Título II, el procedimiento exigido es el agravado (art. 166 CE).

Por su parte el Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

El art. 57.4 CE efectúa una previsión por la cual quedarán excluidos en la sucesión a la Corona por sí y por sus descendientes quienes teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeren matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales.

La **regencia** está regulada en el art. 59 CE. Cuando el Rey fuere menor de edad, el padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia y la ejercerá durante el tiempo de la minoría de edad del Rey. En el caso de que el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia el Príncipe heredero de la Corona, si fuere mayor de edad. Si no lo fuere, se procederá de la manera prevista en el apartado anterior, hasta que el Príncipe heredero alcance la mayoría de edad. La CE también prevé que si no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas. El regente, para ejercer su cargo, habrá de ser español y mayor de edad y lo ejercerá por mandato constitucional y siempre en nombre del Rey.

Conjuntamente con la regencia, en el art. 60 CE se regula la **tutela** del Rey. Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiese nombrado, será tutor el padre o la madre, mientras permanezcan viudos.

En su defecto lo nombrarán las Cortes Generales, pero no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey. El ejercicio de la tutela es también incompatible con el de todo cargo o representación política.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC).

La CE tiene entre sus notas más características la voluntad de eficacia como norma jurídica fundamental. En consecuencia, acogió en su seno un TC, regulado en su Título IX (arts. 159 a 165). Tiene como función primordial la de actuar como “*intérprete supremo de la Constitución*” (art. 1 de la **LO 2/1979, de 3 de**

octubre, del Tribunal Constitucional, LOTC). Este aspecto ha sido influido por las construcciones teóricas de **Hans Kelsen** y por la Constitución italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949).

El art. 165 CE establece una reserva de Ley Orgánica, en lo referente al TC. La ley que lo regula es la LOTC, que desarrolla el Título IX de la Constitución.

Composición, estructura y competencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la **composición** del TC dispone el art. 159 CE (desarrollado por el art. 5 LOTC) que se compone de **12 miembros nombrados por el Rey**; de ellos **4 a propuesta del Congreso** y **4 a propuesta del Senado** por mayoría de **3/5** de sus miembros en ambos casos; **los 4 últimos lo serán, 2 a propuesta del Gobierno, y 2 a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)**. Estos miembros deberán ser nombrados de entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio profesional. Su nombramiento será por un período de 9 años, renovándose por terceras partes cada 3 años.

El apartado 4º de este mismo artículo prevé una serie de **incompatibilidades**, que serán las propias de los miembros del poder judicial. Y específicamente, se prevé que la condición de miembro del TC es incompatible: con todo mandato representativo, con cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; así como con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.

Por otro lado los miembros del TC serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

En cuanto a la **estructura del TC**, este se compone del Pleno, las Salas y las Secciones, pudiendo actuar en dichas formas según los casos (art. 6 LOTC). El pleno está integrado por todos los Magistrados del Tribunal. Lo preside el Presidente del TC que será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años (art. 9 LOTC).

El TC consta de dos salas, cada una de ellas compuestas por seis magistrados nombrados por el Tribunal en pleno. Las secciones se constituyen para el despacho ordinario y tienen como misión decidir la admisión o inadmisión de los asuntos, componiéndose de tres miembros (art. 8 LOTC).

En cuanto a la **competencia** del TC, dispone el art. 161 CE, desarrollado por el art. 1 LOTC, que tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

1. Del **recurso de inconstitucionalidad** contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. El art. 53.1 CE dispone que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a.
2. Del **recurso de amparo**.
3. De los **conflictos de competencia** entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de ellos entre sí (arts. 59 y siguientes de la LOTC).
4. Sobre la **cuestión de constitucionalidad** del art. 163 CE. Dispone este artículo que cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el TC en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

5. De las **impugnaciones de normas y actos autonómicos por el Gobierno**. Así mismo se prevé (arts. 161.2 CE y 10.e LOTC) que el Gobierno podrá impugnar ante el TC las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. El TC en este caso fija el orden de competencias articulado en el art. 149 CE (STC 155/1990, de 18 octubre).

6. De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas. Así por ejemplo, la consulta a que se refiere el art. 95.2 CE (declaración sobre si la celebración de un tratado internacional puede contener estipulaciones contrarias a la CE).

En cualquier caso, en virtud del art. 162 CE, gozan de legitimación para imponer los recursos y cuestiones estudiados, en el caso del recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, su caso, las Asambleas de las mismas. En el caso del recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

El recurso de amparo.

Mención aparte merece el **recurso de amparo**. Éste se interpone por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53 CE, en los casos y formas que la ley establezca (art. 41 y ss de la LOTC). El art. 53.2 CE dispone que, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de **preferencia y sumariedad** y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30. Hemos de señalar que cuando la violación procede presuntamente del Gobierno y de las Administraciones Públicas hay que agotar la vía judicial previa (art. 43.1 LOTC) conforme al procedimiento previsto al efecto en los arts. 114 a 122 de la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**.

El proceso seguido en el seno del TC, se detalla a continuación. Admitida a trámite la petición de amparo y una vez estudiado el caso, la Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: **Otorgamiento o denegación del amparo**.

La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados. Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del art. 53.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasionase perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona. Asimismo, la Sala o la Sección podrá adoptar cualquier medida cautelar y resolución provisional para evitar que el recurso pierda su finalidad (art. 56 LOTC).

La suspensión u otra medida cautelar podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por un plazo común que no excederá de 3 días y con el informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala o la Sección lo creyera necesario. La Sala o la Sección podrá condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiera seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieran originarse.

Dispone el art. 55 LOTC que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.
- b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC).

Una vez iniciados los procedimientos citados, la solución a los mismos vendrá en forma de sentencia. Dichas sentencias constan de fundamentos de hecho, fundamentos jurídicos, parte dispositiva o fallo y votos particulares de los magistrados disidentes en que explican su desacuerdo con el fallo.

Las sentencias del TC se publicarán en el BOE con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación, no cabiendo recurso alguno contra ellas y vincularán a todos los Poderes Públicos. La regla general es la de que tengan efectos *erga omnes* y *ex tunc*, si bien, en sentencias tales como la **STC 45/1989, de 20 de febrero**, se matiza dicha regla conservando efectos de cosa juzgada derivados de las normas impugnadas (art. 40.1 LOTC) y las propias normas en aquellos preceptos que no se opongan a la Constitución. Sin embargo el propio art. 39 LOTC dispone que cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión. Sólo en el caso de procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador, la nulidad se extenderá a los efectos derivados de la norma declarada inconstitucional.

Por su parte, dispone el art. 39 LOTC que las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local agotarán la acción procesal para emprender ulteriores reclamaciones basándose en idéntico precepto constitucional. Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el TC lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviera conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 5

EL GOBIERNO. COMPOSICIÓN. FUNCIONES. RELACIONES CON OTROS PODERES.

1. EL GOBIERNO.

La CE, en su título IV, “*Del Gobierno y de la Administración*” (arts. 97 a 107) regula la estructura y funciones del Gobierno como órgano **constitucional diferenciado y con entidad propia**. Ello supone apartarse de la tradición del constitucionalismo monárquico en nuestra historia, y representa una diferencia respecto de las Constituciones de otras Monarquías. Esto es así porque, históricamente, se ha considerado que el gobierno era ejercido por el Rey y sus Ministros (CE de 1876). El Gobierno era, formalmente, una extensión o apéndice del poder del Rey, titular del Poder Ejecutivo. La división de poderes clásica, enunciada por **Montesquieu** para garantizar la libertad del individuo, se basó en la observación del modelo jurídico-político inglés, donde, en vez del concepto de Estado encontramos el de Corona, al que se refiere toda la organización administrativa (*the state is not an entity recognised by our law. The State is the crown: ALLEN*).

Así pues, en nuestra CE el Gobierno adopta una naturaleza dual. Esto es, en los órganos superiores de la Administración Pública concurre al mismo tiempo la condición de, en palabras del **profesor García de Enterría**, comisionados del “propietario del poder” junto con la “confianza” parlamentaria en nuestro sistema (arts. 99, 101, 112, 113 Y 114 CE) para ejercer dicho poder. La concurrencia de esa doble condición explica que tales individuos actúen unas veces en cuanto titulares del órgano administrativo (en cuyo supuesto se imputa dicha actuación a la administración como sujeta al DAdm: todos los Reglamentos, actos y contratos administrativos procedentes del Consejo de ministros) y otras como personas que integran un centro de competencias constitucionales como comisionados del propietario del poder (en cuyo caso su actividad está sometida al Derecho Constitucional). El gobierno es simultáneamente **órgano constitucional** en cuya actuación ejerce funciones que no están reguladas por el DAdm sino por el Derecho Constitucional, y es un **órgano administrativo** que encabeza la AGE, y como tal está sometido al DAdm.

Gobierno → Dicho Administrativo y Dicho Constitucional.

El Gobierno, como órgano colegiado que es, responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados (art. 108 CE).

Su **cese** se produce: 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. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Este supuesto está regulado en el art. 21 de la **Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno**.

2. COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO.

Dispone el art. 98 CE, que el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y demás miembros que establezca la ley. En ese caso podrían ser miembros del mismo, por ejemplo, los Secretarios de Estado, figura creada por el **Decreto 1558/97, de 4 julio**, como intermedia entre el Ministro y el Subsecretario. Sin embargo, la Ley 50/97 trascibe literalmente en su art. 1 el tenor del art. 98 CE. Por tanto, en la actualidad, los Secretarios de Estado no forman parte del Gobierno. Así, pues, el Gobierno equivale hoy únicamente al Consejo de Ministros, pero, en hipótesis, es posible que una Ley amplíe el ámbito de lo que se entiende por Gobierno. Por lo demás, el art. 98.4 CE añade que la ley regulará el Estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno ya que, tal como prevé art. 98.3 CE, los

miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.

Respecto del **Presidente del Gobierno**, el proceso para llegar a su elección y nombramiento aparece regulado en el art. 99 CE y desarrollado en el Título VIII del Reglamento del Congreso. 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.

Éste expondrá ante el Congreso los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara. Para ser investido en una primera votación necesitará de **mayoría absoluta**, en cuyo caso el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse ésta, se someterá la propuesta a nueva votación 48 horas después de la anterior, y la confianza se obtendrá si obtuviere la mayoría simple. 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.

Si transcurrido el plazo de 2 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. El resto de los miembros del Gobierno son nombrados y separados por el Rey a propuesta del Presidente.

En lo que se refiere a sus funciones se recogen en el art. 98.2 CE. El art. 2 de la Ley 50/97 lo desarrolla y establece que **sus funciones son dirigir la acción del Gobierno y coordinar las funciones de los demás miembros**, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión y que, en todo caso, corresponderá al Presidente:

- a) Representar al Gobierno.
- b) Establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento.
- c) Proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado, o de las Cortes Generales (art. 115 CE).
- d) Plantear ante el Congreso de los Diputados previa deliberación del Consejo de Ministros la cuestión de confianza.
- e) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso los Diputados (art. 92 CE).
- f) Dirigir la política de defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar.
- g) Convocar, presidir y fijar el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo previsto en el art. 62 g) de la Constitución.
- h) Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás iniciativas con rango de ley (arts. 64 y 91 CE).
- i) Interponer el recurso de inconstitucionalidad (art. 162 CE).

j) Crear modificar y suprimir por Real Decreto los Departamentos Ministeriales así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.

Respecto de los **vicepresidentes**, el art. 3 Ley 50/97 dispone que al Vicepresidente o Vicepresidentes, cuando existan, les corresponderá el ejercicio de las funciones les encomienda el Presidente además de que, aquél que asuma la titularidad de un Departamento Ministerial, ostentará, además, la condición de Ministro.

El art. 4 Ley 50/97, respecto de los **Ministros**, establece que, si bien pueden existir Ministros sin cartera, los que sean titulares de un Departamento, tienen competencia y responsabilidad en el área 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 (sobre este aspecto, la STS de 22 diciembre 1997, aclara que esta potestad “*se constríñe a aquellas materias relativas a su ámbito interno*”).
- 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.

Estas funciones se completan con lo preceptuado en la **LO 40/2015 de Régimen del Sector Público (LRJSP)**.

Pero, para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno se reúne en una serie de órganos colegiados: **Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas del Gobierno** (art. 1.3 Ley 50/97). Respecto del primer órgano, el art. 5 de la Ley 50/97, dispone que sus deliberaciones son secretas y a sus reuniones podrán asistir los Secretarios de Estado cuando sean convocados. Le corresponde:

- 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 arts. 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.

Por su parte, las **Comisiones delegadas del Gobierno** se regulan en el art. 6 Ley 50/97. Su creación, modificación y supresión será acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, a propuesta del

Presidente del Gobierno. Sus deliberaciones son secretas. A las reuniones pueden ser convocados los titulares de los órganos superiores y directivos de la AG. El Real Decreto que los crea debe concretar:

- a. qué Ministro los preside;
- b. qué Ministros y Secretarios de Estado forman parte;
- c. qué miembro es el secretario;
- d. cuáles son sus funciones.

En todo caso las funciones que tienen encomendadas son de coordinación interministerial respecto de materias que afectan a varios departamentos.

Para finalizar este epígrafe hay que recordar que según el art. 102 CE, al igual que ocurre con los parlamentarios, la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Pero si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo. En cuyo caso la prerrogativa real de gracia no será aplicable.

3. FUNCIONES DEL GOBIERNO.

La CE encomienda al Gobierno y a sus diversos órganos una multiplicidad de tareas y funciones sobre materias muy distintas. **El art. 97 CE** dispone que son funciones del Gobierno la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Así mismo el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la CE y las leyes. Tal enumeración supone la superación expresa de la concepción del Gobierno como mero ejecutivo, o como realizador de impulsos o mandatos de otros órganos (Poder Legislativo) y la aceptación de un papel propio, una auténtica “función de Gobierno”, distinta de la clásica legislativa, ejecutiva y judicial. Así pues tenemos las siguientes funciones:

- a. **dirección de la política interior:** atribuciones que la CE le confiere en relación con los restantes poderes del Estado y que veremos en el siguiente epígrafe.
- b. **dirección de la política exterior:** tiene una vertiente puramente **política** (reconocer Estados, participar en Organismos Internacionales, constituir alianzas, etc...); una vertiente **administrativa**: organización diplomática española en el exterior y asistencia a los españoles en el extranjero (embajadas, consulados, agregadurías de negocios, militares...) ; y una vertiente **normativa**: como sujeto de Derecho Internacional Público, la creación de tratados internacionales.
- c. **dirección de la defensa del Estado:** es una función constitucionalmente reservada en exclusiva a la competencia estatal, (art. 149.1) y, dentro de las instituciones estatales, atribuida a la dirección gubernamental (art. 97 CE). Esta función se desarrolla y concreta por medio de la **Ley Orgánica de Defensa Nacional (LODN)** y de la **Directiva de Defensa Nacional**.
- d. **dirección de la administración civil y militar:** esta función es el supuesto inicial y necesario para que el Gobierno pueda llevar a cabo sus actividades de dirección política, y más en general, todas las funciones que la CE le encomienda. La lleva a cabo con respeto a los principios de igualdad, objetividad de la Administración e imparcialidad de los funcionarios (arts. 14 y 103 CE), y supone una tarea de fijación de objetivos, de establecimiento de orden de prioridades entre las actividades administrativas y la previsión de los medios necesarios para alcanzarlos.

- e. **función ejecutiva:** consiste en la ejecución de los mandatos legales. Las disposiciones legislativas sólo pueden cobrar realidad si son ejecutadas por el poder gubernativo, que debe llevar a cabo por sí, o mediante el aparato administrativo, las actuaciones materiales requeridas: esto se resume en la fórmula del juramento o promesa que los miembros del Gobierno han de prestar para tomar posesión del cargo: "*cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes*".
- f. **potestad reglamentaria:** es el poder que se le confiere a la Administración, en este caso al Gobierno, de creación de normas jurídicas de rango inferior a la Ley. Tiene una importancia de primer orden, hasta el punto de que ha sobrepasado notablemente, en volumen y en significación práctica, al del poder legislativo.

4. RELACIONES CON OTROS PODERES.

Al tratar el ámbito de la política interior, la función directiva del Gobierno se manifiesta en las atribuciones que la CE le confiere en relación con los restantes poderes del Estado. No se trata, de que exista una "primacía sobre el poder ejecutivo", en el sentido de que pueda hacer éste prevalecer su voluntad sobre la de los restantes poderes del Estado. Se trata más bien de que el Gobierno dispone de una capacidad -y en ocasiones monopolio- de la iniciativa frente a estos poderes, orientando y condicionando su actuación.

- a. **En relación con el poder legislativo,** le corresponde al Gobierno decidir la disolución de las Cámaras (art. 115 CE), la convocatoria de elecciones, la iniciativa legislativa (elaboración de proyectos de ley y su presentación a las Cámaras, proyectos de ley que serán de tramitación preferente (art. 89.1 CE). Esta potestad de iniciativa es compartida con las Cámaras, con la iniciativa popular en los términos previstos por la Ley y con las CCAA, si bien los proyectos gubernamentales son mayoritarios frente al resto. Manifestación de esta potestad de iniciativa es la posibilidad de dictar Decretos Leyes en situación de urgencia y necesidad (art. 86 CE), sometido a revisión por el Congreso de los Diputados. Dispone además el Gobierno del monopolio de la iniciativa del procedimiento parlamentario en los Presupuestos Generales del Estado (PGE) (art. 134 CE), reservándose a las Cortes su "*examen, enmienda y aprobación*".

Especial importancia revisten, respecto de las relaciones del Gobierno con las Cortes generales, los procedimientos de ordenamiento-denegación de la confianza parlamentaria regulados en los arts. 112 (**cuestión de confianza**) y 113 y 114 CE (**moción de censura**). La **cuestión de confianza** supone que el Presidente del Gobierno, previa deliberación con el Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma una mayoría simple de los Diputados. Pero si el Congreso negara la confianza al Presidente, éste presentará su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente según lo dispuesto en el art. 99.

En la **moción de censura** el Presidente es el sujeto pasivo, y dispone el art. 113 CE que el Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. Ésta deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno y no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas. En el caso de que no fuere aprobada por el

Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones. Si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el art. 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.

- b. **En relación con otros poderes y órganos.** La manifestación de la función directiva gubernamental se encuentra en otros muchos lugares de la Constitución. Podemos así señalar:

· El Gobierno puede dirigirse directamente al **electorado** mediante la propuesta de convocatoria de referéndum (art. 92 CE). Junto con las diversas modalidades de referéndum que prevé la Constitución (referéndum de reforma constitucional y de aprobación y reforma de Estatutos), el art. 92 CE prevé el referéndum consultivo sobre “decisiones políticas de especial trascendencia” (referéndum potestativo, no preceptivo). El Presidente del Gobierno puede recabar un pronunciamiento de los ciudadanos sobre una decisión política. De este modo los ciudadanos se pronuncian sobre una decisión que corresponde adoptar a un órgano constitucional. El referéndum es pues consultivo, pero ello no puede ocultar la trascendencia del pronunciamiento popular, en cuanto puede suponer la adhesión o la desautorización de una resolución o propuesta del Gobierno. El procedimiento del referéndum consultivo del art. 92 CE, c- tal como lo desarrolla la **Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum (LOR)**, comprende la iniciativa del Presidente del Gobierno (sin que se exija deliberación del Consejo de Ministros, si bien aparece como elemento natural en el proceso) y la autorización del Congreso de los Diputados. El Presidente del Gobierno habrá de enviar al Congreso la solicitud de autorización, conteniendo “*los términos exactos en que haya de formularse la consulta*” (art. 6 LOR), y deberá aprobarse por mayoría absoluta. Obtenida la autorización del Congreso, corresponde al Rey la convocatoria mediante RD acordado en Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente (art. 2.3 LOR). Este procedimiento, por ejemplo, se aplicó con ocasión del referéndum sobre la decisión de mantenimiento de España dentro de la Alianza Atlántica, convocado por **R.D. 214/1986**.

· Respecto de **órganos jurisdiccionales**, le compete al Gobierno la propuesta de 2 miembros del TC (art. 159 CE) así como la legitimación para iniciar procesos constitucionales (arts. 161.2 y 162 CE). Dentro de este apartado puede también incluirse la propuesta para el nombramiento del Fiscal General del Estado (art. 124.2 CE).

· En relación con las **Comunidades Autónomas**, la CE confiere al Gobierno la potestad de adoptar las medidas necesarias para obligar a una Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones para la protección del interés general (art. 155 CE). Esta actuación, que debe contar con la conformidad del Senado, supone convertir al Gobierno en último garante, en situaciones en que no quepa otra solución, del interés nacional frente a actuaciones ilegítimas de entidades autonómicas.

· Finalmente, manifestación de esa función de dirección política es también la reserva al Gobierno de la iniciativa para la **declaración de situaciones excepcionales** (estados de alarma, excepción y sitio (art. 116 CE). La forzosa intervención de las Cámaras en los supuestos de estado de excepción y sitio no priva, en cualquier caso, al Gobierno del monopolio de la potestad de iniciativa al respecto.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 6

EL PODER JUDICIAL. LOS DERECHOS Y LIBERTADES PÚBLICAS.

1. EL PODER JUDICIAL.

Introducción.

El Estado constitucional se asienta sobre la separación de poderes. Este concepto, fruto del constitucionalismo clásico, que fue enunciado por Montesquieu en su obra “El Espíritu de las Leyes”, supone una división material de funciones y la separación formal de poderes. Dichas funciones son reconducibles a tres: **la legislativa, la ejecutiva y judicial**. Este principio persigue dos objetivos: a) **especialización en las tareas**; b) **evitar el absolutismo por medio del control recíproco**.

En nuestra CE se acoge este principio y se dedica a este poder el **Título VI** (arts. 117 a 127 CE), el cual, bajo la rúbrica “**del Poder Judicial**”, regula las bases de su organización y funcionamiento.

Es el único Poder que aparece definido en la CE en su art. 117.1 CE, como un “*conjunto de jueces y magistrados que administran en nombre del Rey la justicia, que emana del pueblo*”. Sus miembros son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Un sector relevante de la doctrina interpreta esta sumisión como la causa de la neutralidad de este poder, neutralidad que lo llevaría a actuar como un mero administrador de justicia cuyos resultados son ajenos al juez. Desde esta perspectiva la rúbrica del Título VI, es fruto de reivindicar la naturaleza de “poder” del Poder Judicial.

Sin embargo otro sector considera que se lo denomina Poder, a pesar de su innegable neutralización, por su falta de legitimidad democrática. Para salvar esta circunstancia hay que recurrir al art. 1.2 CE, “*la soberanía reside en el pueblo español del que emanan los poderes del estado*”. De este modo al configurar al Judicial como poder se remarca su esencia y origen popular. Dicho poder, que emana del pueblo (art. 117.1 CE), en sí mismo, estará legitimado porque sus normas de creación, organización y funcionamiento se integran en un ordenamiento jurídico, y su actividad estará legitimada en tanto que mantenga su independencia.

Principios esenciales del Poder Judicial y estatuto de jueces.

Dichos principios se extraen de la configuración constitucional del mismo y se predicen tanto del propio poder judicial como de sus miembros. Resumidamente son los siguientes:

- a) **Principio de unidad jurisdiccional**: (art. 117.5 CE) que es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. Sin perjuicio de ello, a efectos funcionales dicha jurisdicción se divide en cinco órdenes: **civil, penal, contencioso administrativo, laboral y militar**; Respecto de este último dispone el art. 117.5 que “*la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de Sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. Se prohíben en todo caso los tribunales de excepción*” (art. 117.6 CE).
- b) **Principio de exclusividad**: El art. 117.3 dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

c) **principio de exclusión**: es consecuencia del anterior y supone una limitación del poder de jueces y magistrados. Se prevé en el art. 117.4 CE, el cual dispone que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

Con respecto al estatuto de jueces y magistrados, el art. 122.1 CE prevé que la **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)** regulará, entre otros aspectos, el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, como Cuerpo único. Cabe destacar los siguientes rasgos:

a) **independencia**: recogido en el art. 117.1 CE, es una exigencia del Derecho al juez natural predeterminado por la ley, del art. 24 CE y de la configuración constitucional de España como un Estado de Derecho (art. 1.1 CE), que propugna como valor superior de su ordenamiento, entre otros, la justicia. El Estado de Derecho es aquel en que se da el **Imperio de la Ley** (Esto quiere decir que nadie está por encima de la Ley y se da por tanto cumplimiento a lo establecido en el art. 9.3 CE). De ahí que establezca el art. 117.1 CE, por un lado la independencia judicial y por otro, como consecuencia y garantía necesaria, que los jueces estén “*sometidos únicamente al imperio de la ley*”. Esta independencia presenta varios aspectos:

i. **independencia política**: este Poder tiene su propio órgano de gobierno, el CGPJ.

ii. **independencia funcional**: a la hora de juzgar no existe una subordinación de los órganos jurisdiccionales con respecto a otros órganos jurisdiccionales o políticos. Los jueces están sometidos tan sólo a la ley y sus decisiones sólo podrán ser revocadas o modificadas por otro órgano judicial en aplicación del correspondiente recurso en los términos previstos por la ley.

iii. **independencia económica**: el Poder Judicial tiene sus propios presupuestos.

IV. **independencia selectiva**: el art. 122.2 CE prevé que la LOPJ regulará el régimen de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. De este modo el Poder Judicial es independiente para seleccionar a sus miembros. Así por un lado tenemos, junto con el sistema de concurso-oposición, el sistema de turnos, de entre juristas de reconocida competencia no procedentes de la carrera judicial (por ejemplo, de cada cinco magistrados del TS uno de aquellos accede al mismo por el llamado quinto turno).

b) **inamovilidad**: (art. 117.2 CE) éstos no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. Además, mientras se hallen en servicio activo no podrán desempeñar otros cargos públicos ni pertenecer a partidos políticos ni a sindicatos (art. 127.1). Este aspecto es recalado en el art. 127.2 CE al disponer que la ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos (arts. 389 y ss. LOPJ).

c) **responsabilidad**: Se establece como exigencia previa la motivación de sus decisiones (art. 120.3 CE) y se regula específicamente en el art. 121 CE, en virtud del cual, “*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*” (este extremo lo desarrollan los arts. 292 a 297 LOPJ, añadiendo ciertos supuestos de prisión preventiva). La responsabilidad es consecuencia de lo dispuesto en el art. 9.1 CE, “*los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico*”, así como el art. 9.3 CE al “*garantizar la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. Esta responsabilidad es exigible en todos los ámbitos: civil, penal y administrativo.

La participación de los ciudadanos en la administración de justicia.

Puesto que la justicia emana del pueblo, el constituyente habilitó vías de participación en la administración de justicia. Así el art. 125 CE dispone que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y en los procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 19 LOPJ). Para acercar dicho funcionamiento a los ciudadanos, a efectos de publicidad y accesibilidad a la actividad judicial, el art. 120 CE prevé que *"las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento"*, el cual será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. Pero es más, para garantizar dicho derecho el art. 119 CE dispone que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. La ley que regula la justicia gratuita es la **Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita**.

Además, se establece que 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 (art. 118 CE). Para ello los jueces, tribunales y el Ministerio Fiscal tendrán a sus órdenes a la policía judicial la cual tiene por función averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126 CE).

La estructura del poder judicial

Si bien el poder judicial es único, su estructura orgánica, funcional y territorial es bastante compleja. La estructura de los órganos jurisdiccionales españoles, conforme al art. 26 LOPJ, es la siguiente:

- a) El **órgano de Gobierno** del Poder Judicial es el **Consejo General del Poder Judicial**, regulado en el art. 122 CE. Dicho artículo dispone que la ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales y el estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia. El CGPJ estará integrado por el Presidente del TS, que lo presidirá, y por 20 miembros nombrados por el Rey por un período de 5 años. De éstos, 12 entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; 4 a propuesta del Congreso de los Diputados y 4 a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de 3/5 de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio en su profesión.
- b) A efectos judiciales el Estado se organiza territorialmente, además de en Comunidades Autónomas, provincias y municipios, en **Partidos judiciales**, unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes de la misma provincia (art. 32 LOPJ).
- c) El **Tribunal Supremo**, con jurisdicción en toda España, (art. 123 CE), es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo el constitucional. Su Presidente es nombrado por el Rey, a propuesta del CGPJ. Está integrado por 5 Salas: la **1^a o de lo Civil; 2^a o de lo Penal; 3^a o de lo Contencioso Administrativo; 4^a o de lo Social; y 5^a o de lo Militar**. Hay, además, una Sala de Revisión, art. 61 LOPJ. Cada una de las Salas puede dividirse en Secciones y su competencia se refiere a los asuntos a que alude su respectiva denominación en los términos de la LOPJ (arts. 53 a 61).
- d) La **Audiencia Nacional**, heredera de los antiguos Tribunales de Orden Público, y con competencias en terrorismo, narcotráfico, crimen organizado, etc.... Con jurisdicción en toda España,

tiene 4 Salas: **de Apelación, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social** (arts. 62 a 69). De ella dependen los juzgados centrales de instrucción.

e) Los **Tribunales Superiores de Justicia** existen en cada una de las Comunidades Autónomas, culminan la organización judicial en el territorio de sus CCAA y están integrados por 3 Salas: **de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social**. Sus competencias se regulan en los arts. 74 y 75 LOPJ y en la legislación procesal específica.

f) Las **Audiencias Provinciales** existen en cada provincia y conocen de asuntos civiles y penales, de acuerdo con lo previsto en la LOPJ (arts. 80 a 83) y en la legislación procesal específica.

g) En cada Provincia y con sede en su capital habrá uno o varios:

1. **Juzgados de lo Penal**, para el enjuiciamiento de causas por delito (art. 89 bis LOPJ).

2. **Juzgados de lo Social** (arts. 92 y 93 LOPJ).

3. **Juzgados de Vigilancia Penitenciaria**, a los que les corresponden las funciones previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad.

4. **Juzgados de Menores**.

5. **Juzgados de lo Mercantil** (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

6. **Juzgados de Violencia sobre la Mujer** (creados por **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**). La LOPJ preveía asimismo la existencia en cada Provincia de uno o más.

7. **Juzgados de lo Contencioso-Administrativo** (arts. 90 y 91 LOPJ).

h) En cada partido judicial existirá al menos un **Juzgado de primera instancia e instrucción**.

i) Finalmente, existen los **Juzgados de Paz** en los municipios donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. (arts. 99 a 103 LOPJ).

El Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, que 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**, tiene como funciones básicas la promoción de 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. El art. 124 CE establece una reserva de ley ordinaria para desarrollar su estatuto orgánico.

2. DERECHOS Y LIBERTADES PÚBLICAS.

Este epígrafe se corresponde con la parte dogmática de la CE y está regulado en el **Título I, arts. 10 a 55**, y es donde se establece el régimen de Derechos y Libertades. Comienza dicho título con el art. 10, 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*”. Así mismo, dispone que “*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*”.

El Capítulo 1º, “de los Españoles y los Extranjeros”, está formado por tres artículos, en los que se regulan la **nacionalidad** (art. 11), la **mayoría de edad** (art. 12) y ya en el art. 13, tres instituciones tan heterogéneas como los **derechos de los extranjeros en España**, la concesión de **asilo** y la **extradicción**.

Continúa este Título con el Capítulo Segundo, titulado “**Derechos y Libertades**”, dividido en dos secciones: 1ª “**De los derechos fundamentales y de las libertades públicas**” (arts. 15 a 29) y 2ª “**De los derechos y deberes de los ciudadanos**” (arts. 30 a 38). Dentro de este se halla el art. 14, que contiene la denominada por la doctrina “**cláusula general de igualdad**”, que se articula por un lado reconociendo la igualdad (todos los españoles son iguales ante la ley) y por otro prohibiendo la discriminación por medio de una cláusula abierta: “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Las causas comunes de discriminación son nacimiento, raza, sexo, religión u opinión.

Por su parte, la **sección 1ª del Capítulo 2º del Título Primero**, reconoce y garantiza los siguientes derechos:

a) **Derecho a la vida y a la integridad física y moral** (art. 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. Esta última posibilidad fue abolida por **Ley orgánica 11/95 del 27 noviembre de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra**.

b) **Libertad ideológica y religiosa** (art. 16): Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, y se establece la aconfesionalidad del Estado, y se dispone que “*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*”.

c) **Derecho a la libertad personal** (art. 17): Se establece que 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 forma previstos en la ley. Esta libertad se complementa con la determinación del plazo máximo de la detención. Se establecen los derechos del detenido (asistencia letrada, a ser informado de los motivos de su detención, a no declarar, a no confesarse culpable, etc...). Este artículo, en su apartado 4º establece el procedimiento del **Habeas Corpus** en virtud del cual cualquier persona que considere que es objeto de una detención ilegal puede solicitar y ser llevado, en su caso, ante un juez.

d) **Derecho al honor** (art. 18): en este artículo se regulan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Igualmente este artículo introduce una limitación novedosa y desconocida hasta la fecha en las constituciones de nuestro entorno, ya que dispone la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

e) **Libertad de residencia y circulación** (art. 19).

f) **Libertad de expresión** (art. 20): se reconocen los derechos de libertad de opinión, pensamiento, ideológica, así como su expresión y difusión cualquier medio. Igualmente se reconoce la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; de cátedra y de prensa. Se prohíbe la censura previa y el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios, salvo acuerdo judicial.

g) **Derecho de Reunión** (art. 21): se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Se establece que, en el caso de manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes.

h) **Derecho de asociación** (art. 22): se reconoce este derecho y se establece que las asociaciones que se constituyan se inscribirán en un registro a los solos efectos de publicidad e información. Sólo podrán

disolverse las asociaciones por orden judicial. Por su parte las que persigan fines o utilicen medios ilícitos se declaran ilegales y quedan prohibidas las que tengan carácter secreto o paramilitar.

i) **Derecho de participación y acceso a cargos públicos** (art. 23).

j) **Derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley** (art. 24): para la defensa de los intereses y derechos legítimos de los ciudadanos y para evitar la indefensión de los mismos (conectado con el art. 9). Así mismo se reconocen los derechos de defensa y de 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.

k) **Principios penales** (art. 25): se establece el principio de legalidad penal, la finalidad de las penas y medidas de seguridad (la reinserción del autor), así como los principios que habrán de inspirar el régimen penitenciario y el derecho penitenciario (prohibición de los trabajos forzados, respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales). Se prohíbe que la administración pueda establecer sanciones que subsidiariamente impliquen una privación de libertad.

l) **Prohibición de los tribunales de Honor** (art. 26).

m) **Derecho a la libertad de enseñanza, educación y autonomía universitaria** (art. 27)

n) **Libertad de sindicación y Derecho de huelga** (art. 28).

o) **Derecho de Petición** (art. 29).

La sección 2ª del capítulo 2º del Título Primero, titulada “**De los Derechos y Deberes de los ciudadanos**” (arts. 30 a 38), reconoce y garantiza los siguientes derechos:

a) **Derecho-deber de defender España**, así como el derecho a la objeción de conciencia (art. 30).

b) **Principios rectores del sistema tributario y financiero**, así como la eficacia y economía de la gestión económica del gasto público (art. 31).

c) **Derechos de naturaleza ius privatista o de primera generación**, tales como derecho a contraer matrimonio, a la propiedad privada y a la herencia, y derecho de fundación (arts. 32 a 34).

d) **Derechos de segunda generación o sociales** (arts. 35 a 38) tales como Derecho/deber de trabajar, protección social, negociación colectiva, conflictos laborales, derecho a formar asociaciones empresariales, economía de mercado y libertad de empresa.

El capítulo 3º, “**De los principios rectores de la política social y económica**”, regula los **derechos de tercera generación**. Se reconocen derechos como el de vivienda, medio ambiente, salud, protección de la infancia, de la familia y de las madres, fomento del deporte, etc... ; todos ellos regulados en los arts. 39 a 52.

Por su parte el capítulo cuarto titulado “**De las garantías de las libertades y derechos fundamentales**”, e integrado por los arts. 53 y 54, regula la figura del **defensor del pueblo** y el **recurso de amparo**. El art. 53.2 dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un **procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad** y, en su caso, a través del **recurso de amparo ante el TC**. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

Finalmente el capítulo quinto, “**De la suspensión de los derechos y libertades**”, regula en el art. 55 la declaración, límites y consecuencias de los **estados de alarma, excepción y sitio**.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 7

DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS: GARANTÍAS NORMATIVAS, JURISDICCIONALES E INSTITUCIONALES.

1. DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES.

La parte “dogmática” de la CE se encuadra, esencialmente, en el Título 1º, bajo la rúbrica “**De los derechos y deberes fundamentales**”. La sistematización de los derechos que la misma reconoce se realiza con arreglo a la siguiente organización sistemática:

1º Se inicia con un artículo introductorio fundamental, el **Art. 10**, que afirma una serie de principios y valores como la dignidad de la persona, los derechos que le sean inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás que se configuran como el “*fundamento del orden político y de la paz social*”, haciendo a continuación una remisión a la “**Declaración Universal de los Derechos Humanos**” de Naciones Unidas de 1.948 y a los “**Tratados y normas internacionales**” sobre derechos fundamentales, como guía o elemento de interpretación de las normas contenidas en la propia CE en relación a los derechos y libertades que ella misma reconoce.

2º Siguen a continuación 5 Capítulos que se estructuran así:

a) El **Capítulo 1º** está destinado a delimitar el estatuto de los “españoles y extranjeros” (arts. 11 al 13), regulándose en el primero de ellos la **nacionalidad** (con la declaración solemne de que ningún español de origen puede ser privado de la misma); en el segundo, la **mayoría de edad** (18 años), y en el tercero, los **derechos de los extranjeros en España** reconociéndose, entre otros, el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros pertenecientes a la UE en las elecciones municipales, el derecho de asilo, y la admisión y reconocimiento de la extradición en cumplimiento de un Tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad y sólo para el caso de delitos comunes y actos terroristas, nunca por motivaciones políticas.

b) El **Capítulo 2º “De los Derechos y Libertades”**, se abre con el artículo 14 que señala la **igualdad de los españoles ante la ley**, premisa esencial de la libertad y dignidad humanas y fundamento de todo Estado de Derecho. Dicho Capítulo se subdivide en dos Secciones:

La Sección 1ª trata de los “**Derechos fundamentales y de las Libertades públicas**” (arts. 15 al 29).

La Sección 2ª, que se denomina “**De los derechos y deberes de los ciudadanos**” (arts. 30 al 38).

c) El **Capítulo 3º** se encabeza con la expresión “**De los Principios rectores de la política económica y social**” (arts. 39 a 52) y comprende los denominados por la doctrina como “derechos económicos, sociales y culturales”.

d) Por fin, los **Capítulos 4º y 5º** tratan respectivamente “**De las Garantías de las libertades y derechos fundamentales**” (arts. 53 y 54) y “**De la Suspensión de los derechos y libertades**” (art. 55).

A) DERECHOS.

1º) Los reconocidos en el Capítulo II (“Derechos y libertades”), el cual a su vez se divide en dos secciones: 1ª “**De los derechos fundamentales y de las libertades públicas**” (arts. 15 a 29) y 2ª “**De los derechos y deberes de los ciudadanos**” (arts. 30 a 38).

Se reconocen y garantizan los siguientes derechos:

a) **Derecho a la vida y a la integridad física y moral** (art. 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, posibilidad abolida por la **Ley orgánica 11/95 del 27 noviembre**.

b) **Libertad ideológica y religiosa** (art. 16): Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, y se establece la aconfesionalidad del Estado así como la valoración positiva del hecho religioso al disponerse que “*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*”.

c) **Derecho a la libertad personal** (art. 17): Se establece que 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 forma previstos en la ley. Esta libertad se complementa con la determinación del plazo máximo de la detención. Se establecen los derechos del detenido (asistencia letrada, a ser informado de los motivos de su detención, a no declarar, a no confesarse culpable, etc...). Este artículo, en su apartado 4º establece el procedimiento del **Habeas Corpus** en virtud del cual cualquier persona que considere que es objeto de una detención ilegal puede solicitar y ser llevado, en su caso, ante un juez.

d) **Derecho al honor** (art. 18): este artículo regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Igualmente introduce la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

e) **Libertad de residencia y circulación** (art. 19).

f) **Libertad de expresión** (art. 20): se reconocen los derechos de libertad de opinión, pensamiento, ideológica, así como su expresión y difusión por cualquier medio. Igualmente se reconoce la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; de cátedra y de prensa. Prohibiéndose la censura previa y el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios, salvo acuerdo judicial.

g) **Derecho de Reunión** (art. 21): se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Se establece que, en el caso de manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes.

h) **Derecho de asociación** (art. 22): se reconoce este derecho y se establece que las asociaciones que se constituyan se inscribirán en un registro a los solos efectos de publicidad e información. Sólo podrán disolverse las asociaciones por orden judicial. Por su parte las que persigan fines o utilicen medios ilícitos se declaran ilegales y quedan prohibidas las que tengan carácter secreto o paramilitar.

i) **Derecho de participación y acceso a cargos públicos** (art. 23).

j) **Derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley** (art. 24): para la defensa de los intereses y derechos legítimos de los ciudadanos y para evitar la indefensión de los mismos (conectado con el art. 9). Así mismo se reconocen los derechos de defensa y de 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.

k) **Principios penales** (art. 25): se establece el principio de legalidad penal, la finalidad de las penas y medidas de seguridad (la reinserción del autor), así como los principios que habrán de inspirar el régimen penitenciario y el derecho penitenciario (prohibición de los trabajos forzados, respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales). Se prohíbe que la administración pueda establecer sanciones que subsidiariamente impliquen una privación de libertad.

- l) **Prohibición de los tribunales de Honor** (art. 26).
 - m) **Derecho a la libertad de enseñanza, educación y autonomía universitaria** (art. 27)
 - n) **Libertad de sindicación y Derecho de huelga** (art. 28).
 - o) **Derecho de Petición** (art. 29).
- 2º)** Los reconocidos en la Sección 2ª del mismo Capítulo II, “**De los derechos y Deberes de los ciudadanos**”, fijándose en dicha Sección los siguientes derechos:
- a) **Derecho-deber de defender España**, así como el derecho a la objeción de conciencia (art. 30).
 - b) **Principios rectores del sistema tributario y financiero**, así como la eficacia y economía de la gestión económica del gasto público (art. 31).
 - c) **Derechos de naturaleza ius privatista o de primera generación**, tales como derecho a contraer matrimonio, a la propiedad privada ya la herencia, y derecho de fundación (arts. 32 a 34).
 - d) **Derechos de segunda generación o sociales** (arts. 35 a 38) tales como Derecho/deber de trabajar, protección social, negociación colectiva, conflictos laborales, derecho a formar asociaciones empresariales, economía de mercado y libertad de empresa.

B) DEBERES.

Contrariamente a lo estudiado respecto a los derechos y libertades públicas, no es posible construir a la par que los citados derechos un sistema de deberes constitucionales porque el constituyente así lo dispuso deliberadamente, repartiéndolos a lo largo del articulado. Estos deberes constitucionales se formulaan como “**proposiciones jurídicas incompletas**”, puesto que su vulneración no comporta la imposición de ninguna sanción. Y esto es así porque el concepto de deber que pertenece al campo del Derecho público además de tener cierta carga “metajurídica”, necesitaría concretarse en el concepto de obligación para ser jurídicamente exigible.

Dentro de esos deberes constitucionales destaca el “**derecho – deber**” de “**defender a España**”, ya destacado en el art. 30, que permite la “**objeción de conciencia**” a favor de cualquier ciudadano para liberarse de sus compromisos militares. Actualmente el servicio militar ha sido suspendido en España por la **Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas**, y adelantada la suspensión de su prestación por **Real Decreto 247/2001, 9 de marzo**, manteniéndose la objeción para otros supuestos jurídicamente habilitantes (como la que puede formular un médico negándose a practicar abortos en hospitales públicos). La conducta contraria a la objeción por la Administración otorga al ciudadano afectado la posibilidad de presentar amparo constitucional (art. 53.2). Pero además de este deber esencial la CE reconoce los siguientes:

- El deber de “**conocer el castellano**” (como lengua oficial) y el derecho a utilizarlo (art.3).
- El deber de “**colaboración con la justicia**” (art. 118).
- El deber de “**comparecencia ante las Comisiones de Investigación**” (art. 76.2).
- El deber de “**asistencia**” que deben prestar los padres a sus hijos (art. 39).
- El deber de “**contribuir al sostentimiento de las cargas públicas**” (art. 31).
- El deber de “**trabajar**” (art. 35).
- El deber de “**conservación del medio ambiente**” (art. 45).
- Los deberes relativos a la “**protección de la salud**” (art. 43.2).

2. LA PROTECCION DE DERECHOS: GARANTIAS NORMATIVAS, JURISDICCIONALES E INSTITUCIONALES.

Garantías Normativas.

Los derechos fundamentales ocupan lugar preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que necesitan de una **protección especial**. Desde un plano puramente normativo, nuestra CE establece los siguientes mecanismos para su protección y defensa:

- a) **Eficacia directa** de los derechos fundamentales, sin necesidad de que los mismos hayan sido desarrollados por Leyes orgánicas específicas, debido a que es la propia CE fuente directa de derecho y fuente directa de protección. Basta recordar la redacción del Art. 9.1 CE: “los ciudadanos y los Poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.
- b) **Exigencia de ley orgánica** para su desarrollo (art. 81).
- c) **Procedimiento agravado** en caso de una reforma constitucional (art. 168).

Garantías Jurisdiccionales.

Cualquier atentado contra los derechos fundamentales origina la puesta en funcionamiento de una serie de garantías jurisdiccionales que actúan en un triple ámbito:

- a) **Ante los órganos jurisdiccionales ordinarios:** existen varios procedimientos en función del derecho vulnerado, distinguiendo al efecto entre:
 - El **procedimiento contencioso-administrativo** que el art. 53.2 CE plasma como procedimiento común. Se trata de un proceso inspirado en los principios de “**preferencia y summariedad**” cuando la violación del derecho fundamental tenga su origen en un acto de la Administración. El procedimiento ampara en concreto la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1ª del Capítulo 2º (arts. 15 al 29) y su desarrollo legislativo se encuentra en la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**.
 - El **procedimiento en vía civil**, utilizado preferentemente en el caso de atentados contra los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen).
 - El **procedimiento socio-laboral** por conciliación de la libertad sindical (art. 28).
 - El **procedimiento del Habeas corpus** en caso de detención ilegal (art. 17), que origina la comparecencia inmediata ante el Juez.
- b) **Ante el Tribunal Constitucional:** planteados sin éxito los recursos jurisdiccionales anteriores, es posible plantear **recurso de amparo** ante el TC para el caso de violación de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 al 29 CE, así como la **objeción de conciencia** del art. 30 antes mencionado.
- c) **Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:** por último, se puede acudir a esta vía internacional de recurso cuando se hayan vulnerado alguno de los derechos reconocidos en el **Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma-1950**, que coinciden prácticamente con los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional. El plazo de interposición de este recurso internacional es el de seis meses a partir del agotamiento de los recursos internos.

Garantías Institucionales.

Entre las garantías institucionales de los derechos fundamentales destaca sin duda la figura del “**Defensor del Pueblo**”, con orígenes en el “**Ombudsman**” de las Constituciones nórdicas (Suecia y Noruega). En España se recoge por primera vez esta institución en la CE de 1978 en cuyo art. 54 se dice lo siguiente: “una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

Se rige por la **Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo**, y es elegido por las Cortes Generales por una mayoría de 3/5 de cada Cámara para un mandato de 5 años, que puede ser prorrogado, pudiendo ocupar el cargo cualquier ciudadano español, mayor de edad y en pleno disfrute de los derechos civiles y políticos. Y en relación a su "status", hemos de precisar lo siguiente, tomado de su Ley Orgánica:

- **No está sujeto a mandato imperativo** y no recibe instrucciones de autoridad alguna.
- Desempeña funciones con **plena autonomía** y goza de **inviolabilidad**.
- No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo.
- Será juzgado exclusivamente por la **Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**.
- Le corresponde, como función básica, la **defensa institucional de los derechos y libertades**, y para ello puede supervisar, de oficio o a instancia de persona interesada, la actuación de las Administraciones públicas para que éstas respeten, sobre todo, el “principio de legalidad”.

Al ser calificado por la CE como **Alto Comisionado de las Cortes Generales**, se creó en 1992 una Comisión Mixta en las Cortes Generales encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo quien anualmente emite un Informe que deberá publicarse en el BOE.

Como conclusión, la efectividad de esta figura queda limitada por la incapacidad de sancionar las actuaciones de la administración, autoridades e instituciones a las que se dirige. Queda por tanto claro su carácter político, y su **postura recomendadora no vinculante**, siendo por tanto las publicaciones el peso importante de su labor, que únicamente puede reflejarse en la actitud del ciudadano con su voto ante situaciones graves de pasividad e ignorancia de estos informes por parte del poder legislativo y ejecutivo

Con respecto a las Comunidades Autónomas sólo cuatro de ellas (**Baleares, Cantabria, Extremadura y Madrid**) han carecido de esta figura treinta años después de que la CE regulara esta figura para toda España.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 14

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. PERSONALIDAD JURÍDICA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. TEORÍA DEL ÓRGANO. CLASES DE ÓRGANOS. TÉCNICAS ORGANIZATIVAS: LA COMPETENCIA, LA JERARQUÍA Y OTRAS TÉCNICAS DE RECONDUCCIÓN A LA UNIDAD. LA DESCENTRALIZACIÓN, LA DESCONCENTRACIÓN, DELEGACIÓN, AVOCACIÓN Y DEMÁS TÉCNICAS REDISTRIBUTIVAS DE COMPETENCIAS.

1. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

En el tráfico jurídico ordinario intervienen una serie de Administraciones públicas (AAPP) con características y competencias muy diferenciadas. Estas Administraciones son ante todo sujetos de derecho, personas jurídicas, personas que se relacionan y vinculan con los ciudadanos. También generan relaciones entre sí mismas, dando lugar a las llamadas **relaciones interadministrativas**.

El dato señalado de la Administración como persona jurídica, elemento esencial para la configuración del Derecho Administrativo, produce consecuencias inmediatas en el campo de la organización, consecuencia de la **potestad administrativa de auto organización**. Y en este sentido, el art. 5 de la **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público** (LRJSP), señala que “*corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización*”.

El principio fundamental en la organización administrativa es, pues, el de personalidad jurídica. Y esta personalidad jurídica se predica de todas las AAPP, como sujetos de imputación de relaciones jurídicas. En tal sentido, el art. 3.4 LRJSP establece que “*cada una de las AAPP actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única*”. Pero hay que tener que cuenta, además, que las AAPP se distinguen del resto de las personas jurídicas que actúan en el tráfico jurídico por estar sometidas a un estatuto jurídico especial, es decir, a unas normas cuya estructura, organización y funcionamiento deben elaborarse, en sus elementos esenciales, por Ley. Así, el art. 103.2 CE dispone que “*los órganos de la Administración General del Estado (AGE), son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley*”.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Como sucede en Derecho privado, el origen del otorgamiento de personalidad jurídica a personas distintas de las personas físicas o naturales, es trasladable al ámbito del Derecho público. Y también en este campo el requisito esencial para que pueda hablarse de personas jurídicas es el de su organización, es decir, la creación de órganos necesarios con la finalidad cumplir los fines de la organización nacida. Y así, podemos afirmar ya que la **Administración pública es una organización**, y que es absolutamente necesaria para, como dice el art. 103.1 CE, “*servir con objetividad los intereses generales*”.

Las AAPP son organizaciones voluminosas en un mundo caracterizado por el predominio de las grandes organizaciones, públicas o privadas. Por ello es natural que presenten rasgos similares a la organización de las grandes empresas, razón por la cual desde hace tiempo la Administración es estudiada también como una gran organización a la que pueden aplicarse modelos y técnicas organizativas propias de la empresa privada, y cuyo estudio pertenece a lo que la doctrina denomina **Ciencia de la Administración**.

Las normas sobre organización administrativa constituyen una parte esencial del DA, y el cumplimiento de esas normas afecta a los intereses de la sociedad en su conjunto y a los intereses concretos de determinadas personas. Así, por ejemplo, en el seno de la organización administrativa se generan relaciones específicas entre la Administración y sus agentes (autoridades, funcionarios y demás empleados públicos), que tienen derechos ante la propia Administración, así como entre las distintas Administraciones (estatal, autonómica, locales, etc.). El Derecho, pues, fija su atención en la organización administrativa y si bien una buena organización no garantiza siempre que las decisiones administrativas sean correctas y ajustadas a Derecho, está claro que con una organización deficiente no se puede asegurar la objetividad y eficacia de los intereses generales.

La CE, además de exigir reserva de ley, orgánica u ordinaria, a determinados ámbitos de la organización administrativa (FCSE, organización militar, estatuto de los empleados públicos, Consejo de Estado, Ministerio fiscal, etc.), establece esa reserva de ley a favor de las CCAA, reservando a los Estatutos de Autonomía la organización de las instituciones autónomas propias (art. 147.2). Y en relación a la Administración local, a través de la legislación básica del Estado se establece un mínimo común denominador que garantiza la autonomía local, incluso frente a eventuales extralimitaciones de las CCAA, que también asumen competencias legislativas en esta materia.

3. PERSONALIDAD JURIDICA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La Administración Pública no es para el DA ni una función (material) ni sólo un complejo orgánico, es decir, una organización. La relación que se constituye entre la Administración y el ordenamiento jurídico no se efectúa, como dice **GARCIA DE ENTERRIA**, por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su **consideración como persona**. Para el DA, dice el autor citado que la Administración es una persona jurídica. Y todas las entidades que constituyen genéricamente la Administración Pública (AGE, Administraciones de las CCAA, Entidades que integran la Administración local y Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, CCAA o Entidades locales), gozan de **personalidad jurídica única** para el cumplimiento de sus fines. Pero con una advertencia necesaria: la personalidad jurídica se predica exclusivamente de todas y cada una de las Administraciones públicas, no de los órganos que la componen o integran (Presidente del Gobierno, Ministros, Secretarios de Estado, Alcaldes, etc.), los cuales no tienen personalidad jurídica de DA. Ostentan, eso sí, la personalidad jurídica derivada de su condición de personas naturales o físicas por el dato de su nacimiento con unos determinados requisitos.

4. TEORIA DEL ÓRGANO.

La teoría del órgano **surge en el Derecho canónico** alrededor de la imagen de la Sede Episcopal. La sede deja de ser objeto de apropiación por el titular de ese cargo, como sucedía en otras épocas en la que los príncipes temporales o espirituales asignaban a una persona determinada el desempeño vitalicio de ciertas funciones. Los canonistas, ante esa situación, hacen abstracción de la persona y crean la figura de la Sede, susceptible de perpetuarse como elemento estable de la organización a través de los sucesivos titulares.

Hoy día, la teoría del órgano tiene una importancia decisiva para explicar la actuación administrativa y la división del trabajo y de funciones que impera en toda Administración pública. **El órgano es, formalmente, una estructura administrativa** a la que las normas atribuyen un ámbito material de competencias y la posibilidad de dictar resoluciones y actos administrativos. Pero en realidad, la figura del órgano administrativo sirve para imputar a la Administración los actos realizados por las personas físicas que están a

su servicio, esto es, los **funcionarios o autoridades**; todo ello coherente con los conceptos de persona jurídica y personalidad. Como en el ámbito privado, las AAPP, como personas jurídicas que son, necesitan servirse de personas físicas para cumplir sus fines. Y esas personas pueden actuar como representantes, en cuyo caso actúan **en nombre y por cuenta del representado**, o como órganos de la persona jurídica, en cuyo caso, **la persona forma parte integrante del órgano** y actúa como tal (por ejemplo, el alcalde de un ayuntamiento no firma por él, sino como alcalde de dicha localidad).

5. CLASES DE ÓRGANOS.

- En cuanto a su **ámbito territorial**, tratándose de la AGE y de las CCAA los órganos pueden ser **centrales y periféricos**, y en el ámbito local, órganos **provinciales y municipales**.
- En cuanto al **objeto o contenido de sus funciones**, los órganos pueden ser **activos** (actúan sobre la realidad administrativa), **deliberantes** (deciden pero sin actuar directamente, encomendando su ejecución a otros órganos activos, como sucede con el Consejo de Ministros), y **consultivos** (asesoran a los órganos activos y deliberantes).
- En cuanto a su **composición**, los órganos pueden ser **unipersonales** (su titular es una persona física, como un Alcalde) y **colegiados** (una pluralidad de personas físicas integran el mismo, como, por ejemplo, el Pleno de un Ayuntamiento o el Consejo de Ministros).

6. TÉCNICAS ORGANIZATIVAS: LA COMPETENCIA, LA JERARQUÍA Y OTRAS TÉCNICAS DE RECONDUCCIÓN A LA UNIDAD.

La competencia.

La competencia no es otra cosa que la **función o conjunto de funciones adjudicadas a un órgano**.

Competencias administrativas serán entonces las que correspondan a los distintos órganos de la Administración. Sólo la previa y legítima asignación de competencias a un órgano otorga validez a sus actuaciones. El ordenamiento jurídico sanciona, por ejemplo, con nulidad absoluta (art. 47 LPACAP) las actuaciones realizadas por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o territorio.

Las competencias administrativas presentan los siguientes **caracteres**:

- **Obligación de su ejercicio.**
- **Asignación de potestades:** la distribución de competencias implica el ejercicio de potestades administrativas (un Ayuntamiento, por ejemplo, tiene atribuciones para construir una carretera local y para ello puede disponer de la coacción que le supone la expropiación, en ejercicio de su potestad expropiatoria).
- **Las competencias son del órgano y no de la persona:** quien tiene competencia no es la persona física en cuanto tal, sino el órgano al que sirve.
- **Indisponibilidad:** las competencias son indisponibles por parte de sus titulares; no se puede renunciar a ella. Dice el art. 8 LRJSP es **irrenunciable** y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación y avocación.

La Jerarquía.

Principio de organización administrativa recogido en el art. 103.1 CE, supone la **estructuración piramidal** de los órganos de una Administración concreta, precisamente en función de la distribución de competencias asignadas en bloque a la misma. Para que exista jerarquía orgánica debe existir siempre una **misma competencia material**. Consecuencia inmediata de este principio, recogido también en las Leyes (LPACAP y LRJSP), es la supervisión o control del órgano superior al inferior mediante la adopción por el primero de instrucciones y órdenes de servicio, así como la potestad de **resolver las reclamaciones o recursos interpuestos** contra las decisiones de los órganos inferiores.

Otras técnicas de reconducción a la unidad.

Con el principio de jerarquía arriba estudiado, puede la Administración reconducir a la unidad sus actividades, aun cuando los cometidos se distribuyan entre distintos órganos. Las técnicas utilizadas para ello son las siguientes:

- La **coordinación interorgánica**: art. 103 CE, resulta indispensable para que se cumpla adecuadamente el **principio de eficacia**. Como no es fácil averiguar el significado preciso de la coordinación (o la puesta en orden de la actuación de varios órganos), el Tribunal Constitucional ha dicho (STC de 28 de abril de 1983) que “*persigue la integración de la diversidad o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y disfunciones*”. Por ejemplo, el Presidente del Gobierno coordina la actuación de los titulares de los Departamentos ministeriales, el Alcalde coordina el trabajo de los Concejales, etc. Para que la coordinación tenga plenos resultados, existen, a su vez, algunas técnicas o procedimientos para conseguirla, como la **comunicación entre órganos**, que se efectuará directamente, sin traslado ni reproducciones a través de órganos intermedios (Título Preliminar, Capítulo V de la LRJSP. **Funcionamiento electrónico del Sector Público**).
- La **resolución de conflictos** suscitados entre órganos inferiores, atribuyendo al órgano superior la decisión de tales divergencias.
- La **tutela**, término que evoca las relaciones de derecho privado entre el menor y el tutor. En Derecho público se aplica esta técnica preferentemente para modular la relación entre dos entes, en concreto entre una Administración territorial y otra instrumental o institucional, que es considerada como una Administración menor que en algunos aspectos debe estar protegida (por ejemplo, los Organismos autónomos necesitan autorización de su Ministerio creador para celebrar contratos administrativos por encima de una determinada cantidad).

7. LA DESCENTRALIZACIÓN, LA DESCONCENTRACIÓN, DELEGACIÓN, AVOCACIÓN Y DEMAS TÉCNICAS REDISTRIBUTIVAS DE COMPETENCIAS.

Descentralización.

Reconocida como principio de organización en el art. 103.1 CE, supone la cesión de competencias entre entes o AAPP. Puede ser **política** (CCAA), **administrativa** (Entidades locales) o **instrumental o institucional** (Organismos autónomos y demás entes de esta naturaleza).

Desconcentración.

También mencionada en el art. 103.1 CE, se trata de una técnica diferente a la anterior pudiendo identificarse como el **traspaso o cesión de competencias** entre órganos de una misma Administración (arts. 3

y 54 LRSJP). Se diferencia de la delegación en que cuando se desconcentra, se produce una trasferencia de la competencia, mientras que cuando se delega solo se cede el ejercicio de la competencia, conservando la titularidad el órgano delegante.

Delegación.

Supone la cesión o trasmisión del ejercicio de la competencia, permaneciendo la titularidad en el órgano delegante. La delegación no precisa que exista una subordinación entre los órganos implicados, estando prohibida, por otra parte, la subdelegación (las facultades delegadas no pueden, a su vez, ser objeto de delegación). En la delegación de competencias el órgano delegado deberá hacer constar que actúa como tal, y al cederse sólo el ejercicio, la delegación puede ser revocada en cualquier momento (art. 9 LRSJP).

Avocación.

Regulada en el art. 10 LRJSP, es una especie de **delegación a la inversa**, pues implica la asunción del ejercicio de una competencia de un órgano inferior por un órgano superior. En principio, todos los órganos administrativos, mediante acuerdo motivado, pueden avocar para sí competencias, tanto propias como delegadas, así como en el supuesto de desconcentración de facultades, que deberá ser explicitado en el Real Decreto que disponga este tipo de trasferencias competenciales.

Encomienda de gestión.

Regulada en el art. 11 LRJSP, consiste en la realización de actividades de carácter material o técnico por el órgano o entidad pública que recibe dicha encomienda de otro órgano o entidad pública. Suele ser frecuente, en el ámbito local la utilización de esta técnica cuando los ayuntamientos no disponen de una infraestructura suficiente para, por ejemplo, gestionar y recaudar un impuesto municipal, encomendando esa gestión a órganos estatales o autonómicos.

Delegación de firma, “por orden de” y suplencia.

En la primera (art. 12 LRJSP) se delega la firma (otro órgano firma por el titular) para determinadas actuaciones administrativas, pero no la competencia, por causas varias (ausencia, enfermedad, etc.). La segunda tiene lugar cuando el órgano superior transmite de palabra una orden al inferior para que éste, por escrito, la haga llegar a los respectivos destinatarios.

La suplencia (art. 13 LRJSP) se origina por ausencia temporal (vacante, ausencia o enfermedad; o abstención/recusación) del titular del órgano, no implicando alteración de la competencia y no siendo necesaria para su validez la publicación. No obstante se ha de dejar constancia especificando quien firma y en nombre de quién.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 15

LA AGE Y SUS ÓRGANOS CONSULTIVOS. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. CONCEPTO, DIVISIONES Y CARACTERES DE LA AGE. ORGANIZACIÓN CENTRAL: ÓRGANOS SUPERIORES, ÓRGANOS DIRECTIVOS Y ELEMENTOS ORGANIZATIVOS BÁSICOS QUE NO TIENEN LA CONDICIÓN DE ÓRGANOS. ORGANIZACIÓN PERIFÉRICA. DELEGACIONES DE GOBIERNO. SUBDELEGACIONES DE GOBIERNO. IDEA DE LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA. EL CONSEJO DE ESTADO Y OTROS ÓRGANOS CONSULTIVOS.

1. LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO Y SUS ORGANOS CONSULTIVOS.

Los órganos administrativos pueden ser **activos, deliberantes y consultivos**. Esta clasificación, que proviene de la Administración napoleónica, trata de enfrentar una Administración **activa**, integrada por órganos que adoptan decisiones, las preparan o las ejecutan, con otra **consultiva**, compuesta por órganos con la misión de asesorar a aquéllos, mediante la emisión de informes o dictámenes, generalmente por escrito, procedimiento este último que será obligatorio cuando el órgano consultivo sea colegiado. Los órganos consultivos más importantes son los directamente relacionados con la AGE (Consejo Escolar del Estado, Consejo de Cooperación al Desarrollo, Consejo Económico y Social, etc.), y en especial el Consejo de Estado.

Según el art. 80 LPACAP **los informes de dichos órganos son facultativos y no vinculantes**, salvo disposición expresa en contrario. No obstante son muchas las disposiciones que exigen el trámite de informe de un órgano consultivo antes de adoptar la decisión (informes **preceptivos**), pero muy raros los casos en que se otorga al informe fuerza vinculante (revisión de los actos nulos por la propia Administración).

2. GOBIERNO Y ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO.

El Gobierno presenta una doble naturaleza. De una parte, el Gobierno es un **órgano constitucional**, en el sentido de que no sólo está previsto en la CE (art. 97), sino que tiene asignadas determinadas funciones constitucionales (básicamente de relaciones con las Cortes Generales). En el ejercicio de estas funciones el Gobierno produce actos políticos, regidos por el Derecho Constitucional y que no son, en principio, susceptibles de control jurisdiccional. De otra parte, el Gobierno es también un **órgano administrativo**, justamente el órgano supremo de la Administración General del Estado (AGE). Y en este sentido dirige la Administración civil y militar y está al frente de los Departamentos ministeriales. Además ejerce la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en cuyo ejercicio dicta reglamentos y actos administrativos que sí están sujetos al control de los Tribunales por estar sometidos al DA.

La CE establece los principios y criterios básicos del Gobierno y ordena al legislador que proceda a su desarrollo normativo (art. 98), lo que tuvo lugar con la Ley 50/1997. A su vez, el desarrollo legislativo del Gobierno en cuanto AGE se produce por medio de otra norma jurídica distinta, la LRJSP 40/2015.

3. CONCEPTO, DIVISIONES Y CARACTERES DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO.

La AGE es la más importante de las Administraciones públicas reconocidas en el art. 2.1 LPACAP. En concreto, la AGE como organización administrativa que depende del Gobierno de la Nación, es, en definitiva, la Administración del Gobierno, presentando los siguientes caracteres:

- La AGE, bajo la dirección del Gobierno, sirve con objetividad **intereses generales**, desarrollando para ello funciones ejecutivas de carácter administrativo, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

- Se constituye la AGE por **órganos jerárquicamente ordenados** y actúa con personalidad jurídica única. Los órganos que la integran extienden el ejercicio de sus potestades y competencias administrativas a **todo el territorio nacional**, salvo que las normas aplicables a ella limiten su competencia.
- La AGE se organiza y actúa, con respeto pleno al **principio de legalidad**, conforme a principios de carácter administrativo, unos de **organización** (jerarquía, descentralización funcional y territorial, economía, proximidad a los ciudadanos, etc.) y otros de **funcionamiento** (eficacia en el cumplimiento de los objetivos, servicio efectivo a los ciudadanos, eficacia en la asignación de los recursos, etc.).

En cuanto a las divisiones de la AGE, tanto la LPACAP como la LRJSP distinguen entre:

- Órganos **centrales**.
- Órganos **territoriales o periféricos**.
- Organismos **públicos**, en referencia directa a las personas jurídicas institucionales o instrumentales dependientes o vinculados a la AGE (Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales).

4. ORGANIZACIÓN CENTRAL: ORGANOS SUPERIORES, ORGANOS DIRECTIVOS Y ELEMENTOS ORGANIZATIVOS BASICOS QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE ORGANOS.

Los órganos centrales de la AGE se clasifican en:

- **Órganos superiores**, que son **los Ministros y los Secretarios de Estado**. Los primeros son órganos unipersonales de la AGE. Son Jefes superiores de un Departamento ministerial y responsables de un sector de la intervención administrativa en la vida social. Los Secretarios de Estado, a diferencia de los Ministros (que son además órganos políticos), son exclusivamente órganos administrativos al no formar parte del Gobierno (art. 98 CE), lo que no significa que su nombramiento no se haga con criterios políticos. Dependen de los Ministros que los nombran, que son sus superiores jerárquicos, y tienen a su cargo el ejercicio de alguna de las competencias específicas en el ámbito general de responsabilidades del respectivo Ministerio.
- **Órganos directivos**, incluyendo en ellos a los **Subsecretarios** (pieza básica dentro del organigrama, pues, salvo que haya Secretarios de Estado, son prácticamente Jefes superiores del Departamento por detrás del Ministro. Ejercen funciones burocráticas y de representación del Ministerio, entre ellas la Jefatura de personal del mismo). **Secretarios Generales** (con funciones similares a los Subsecretarios en algunos Departamentos específicos), **Secretarios Generales Técnicos** (con funciones consultivas dentro del Departamento), **Directores Generales** (al mando de alguna de las áreas o actividades propias del Ministerio) y **Subdirectores Generales**, todo ellos, excepto el último, con la consideración de Altos Cargos de la Administración.

La LRJSP da un paso en la línea de profesionalización de estos cargos directivos y, salvo algunos supuestos (como los Secretarios Generales y algunos Directores Generales) no pueden ser nombrados libremente, sino entre funcionarios de carrera del Estado, de las CCAA o de las Entidades locales, en posesión de título universitario de grado, subgrupo A1

- **El Servicio exterior.** La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado dispone que tienen también la consideración de órganos directivos los **Embajadores** y representantes de la Administración del Estado en el exterior (Misiones diplomáticas, permanentes o especiales, Delegaciones, Oficinas consulares y Organismos públicos de la AGE en el exterior, y Embajadores permanentes en Organizaciones internacionales).

- **Elementos organizativos que no son órganos administrativos.** Subordinados a los órganos administrativos existe un conjunto o red de unidades administrativas (negociados, secciones, servicios, etc.) que tienen asignadas tareas de auxilio y apoyo a los órganos administrativos, pero a diferencia de éstos, carecen de capacidad para expresar externamente la voluntad de la Administración en la que están integrados. Se trata de unidades internas de la Administración, cuya creación y estructuración interna obedecen a un elemental **principio de división del trabajo** en cada organización, en palabras de **SANTAMARIA PASTOR**. Las unidades comprenden los puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos, y orgánicamente de una jefatura común. Como acabamos de decir, carecen estas unidades de competencias resolutorias, limitándose su función a la producción de actos de trámite (por ejemplo, recepción de documentos en un Registro, notificación de los actos, etc.).

5. ORGANIZACIÓN PERIFERICA.

Regulada en el Capítulo III del Título I de la LRJSP (arts. 69 a 79). La existencia de órganos periféricos de la AGE obedece a la conveniencia de un despliegue organizativo en todo el territorio nacional, lo cual resulta coherente con algunos postulados constitucionales (art. 154). El aparato administrativo estatal se extendió históricamente por todo el territorio siguiendo el modelo francés, con los **Decretos de JAVIER DE BURGOS** que instauraron la división del territorio estatal en **provincias** (al modo de los departamentos franceses) y la distribución de las actividades del Estado a lo largo de aquél. Al frente de cada provincia figuraba un **Subdelegado de Fomento**, antecedente de los **Gobernadores Civiles**, sustituidos en la actualidad por los **Subdelegados del Gobierno**. Posteriormente, la progresiva especialización de los asuntos provocó que los Ministerios iniciasen un proceso de creación de su propia Administración periférica, con la creación de **Delegaciones provinciales** de los respectivos Ministerios, que acabaron siendo más numerosos que éstos. Dicha situación cambió tras la CE, haciéndose necesaria una reestructuración de la Administración periférica al establecerse y asumir competencias las CCAA. La nueva normativa ha supuesto una **ruptura total con el sistema anterior** y en la actualidad la Administración periférica del Estado es asumida básicamente por los Delegados y Subdelegados del Gobierno.

6. DELEGACIONES DEL GOBIERNO.

Las Delegaciones del Gobierno son organismos político-administrativos, al frente de las cuales figura un Delegado nombrado por el Gobierno para dirigir la Administración de Estado en el territorio de la CCAA, coordinándola, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad (arts. 154 CE y 69 a 73 LRJSP). Los Delegados del Gobierno pueden ser considerados como el núcleo de la Administración periférica del Estado en la correspondiente CCAA, de tal modo que los Subdelegados del Gobierno y los Servicios territoriales de los diferentes Ministerios han quedado integrados en la estructura orgánica de las Delegaciones. Tan sólo los órganos territoriales que desarrollen especiales funciones (por ejemplo, los órganos de la Defensa o de Hacienda) pueden continuar dependiendo plenamente de sus respectivos Departamentos ministeriales (**Delegaciones de Defensa en cada CCAA**).

7. SUBDELEGACIONES DEL GOBIERNO.

El Subdelegado del Gobierno (arts. 74 y 75 LRJSP), en las islas Director insular, es el sucesor de la tradicional figura del **Gobernador Civil**, que fue considerado en época anteriores como representante permanente del Gobierno de la nación en la provincia, adquiriendo una gran relevancia política e institucional. Esta situación

ha cambiado de forma radical, al menos formalmente, pues los Subdelegados del Gobierno, de acuerdo con el texto de la LRJSP, **carecen de connotaciones políticas** (lo que es discutible teniendo en cuenta que son nombrados por los Delegados del Gobierno, que sí las tienen, por haber sido nombrados, a su vez, por el Gobierno en el poder) y están integrados en las respectivas Delegaciones. El Subdelegado es nombrado por el propio Delegado del Gobierno (no por el Gobierno de la nación), siendo su titular un funcionario superior al servicio de cualquier Administración pública (Subgrupo A1). En síntesis, las Subdelegaciones del Gobierno son órganos de la Delegación del Gobierno con una virtualidad claramente administrativa y con la misión fundamental de auxiliar a los Delegados. Esta figura no existe, obviamente, cuando se trate de CCAA uniprovinciales donde basta con el Delegado del Gobierno.

8. IDEA DE LA ADMINISTRACION CONSULTIVA.

En el primer epígrafe del presente tema ya hemos expuesto una idea general de la Administración consultiva, cuyos órganos colaboran con los órganos activos mediante la emisión de **informes o dictámenes**, de carácter jurídico o técnico. Dichos órganos suelen ser colegiados aunque en la actualidad están proliferando los asesoramientos unipersonales, que emiten sus informes de forma predominantemente oral, dada la proximidad física con el órgano activo o decisor. Si Gobierno y la AGE, que conforman el Poder Ejecutivo, son las piezas maestras que lo conforman, el **Consejo de Estado**, supremo órgano consultivo del Gobierno (y de la AGE), culmina la tarea administrativa constituyendo con su hacer una garantía de objetividad e independencia.

9. EL CONSEJO DE ESTADO Y OTROS ORGANOS CONSULTIVOS.

Órgano de larga tradición, se le menciona en el art. 107 CE que lo configura como “*supremo órgano consultivo del Gobierno*”. Su Ley Orgánica de desarrollo es la **Ley de 22 de Abril de 1980**, que extiende su ámbito de aplicación a las CCAA, si bien cuando una Ley exija el dictamen del Consejo de Estado puede ser éste sustituido, si la materia sometida a dictamen tienen carácter territorial por los informes emanados de los **Consejos Consultivos** que han ido creándose en algunas **Comunidades**.

Dada su importancia máxima, la Ley establece que en los asuntos en los que hubiere dictaminado el Consejo de Estado, no podrán remitirse para informe de cualquier otro órgano consultivo.

La **Ley Orgánica 3/2004, de reforma del texto de 1980**, va más allá de la función consultiva del Consejo y le asigna la realización de estudios de **Proyectos legislativos de Reforma constitucional**, para lo cual se crea una Comisión de Estudios. Otra novedad de la reforma consiste en el nombramiento como Consejeros natos de carácter vitalicio a los que dejen de ser Presidentes del Gobierno, quienes podrán manifestar en cualquier momento su voluntad de incorporarse al Consejo. Los Consejeros pueden ser **permanentes, natos y electos**, estos últimos nombrados por Real Decreto por un período de 4 años entre quienes hayan desempeñado cargos en órganos constitucionales o en cualquiera de las Administraciones públicas. Su Presidente es nombrado y cesado libremente por el Gobierno entre juristas de reconocido prestigio.

El Consejo actúa **en Pleno, en Comisión Permanente y en Secciones** y está asistido por un **Cuerpo de Letrados** de entre los que se nombra al Secretario General. Debe emitir **informe preceptivo** en numerosos asuntos de gran trascendencia jurídica, como los Anteproyectos de reforma constitucional, proyectos de Decretos-Legislativos, anteproyectos de leyes que hayan de aprobarse en virtud de acuerdos o Convenios internacionales, autorización de las Cortes para prestar el consentimiento del Estado a un Tratado o

convenio internacional, anteproyectos de Leyes de trasferencia o delegación, Reglamentos que se dicten en ejecución de un Tratado, transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda pública, revisión de oficio de los actos administrativos nulos, nulidad, interpretación y resolución de los contratos del Sector público, etc.

Y en cuanto a la relación de **otros órganos consultivos**, citaremos como más importantes:

- La **Dirección General del Servicio Jurídico del Estado**.
- Las **Asesorías Jurídicas radicadas en los Ministerios**.
- Las **Secretarías Generales Técnicas**.
- La **Abogacía del Estado en las Delegaciones de Hacienda**.
- El **Cuerpo de Economistas del Estado**.

APUNTES PREPARADOS POR EL CORONEL DE INTENDENCIA ESTANISLAO MARTIN CASARES. V SEPTIEMBRE 2018

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 16

LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL. GRUPOS DE ENTES Y ENTES QUE CONSTITUYEN LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL. PROBLEMÁTICA ESPECIAL DE LOS ENTES SOCIETARIOS CREADOS POR LOS ENTES PÚBLICOS Y DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y EMPRESA PÚBLICA. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS ENTES INSTITUCIONALES. MANIFESTACIONES DE LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD.

1. LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL.

Esta denominación es del todo convencional y se refiere a la diversificación de las estructuras administrativas a las que se encomiendan funciones o servicios que ya asume la Administración, todo ello a través de un **proceso de descentralización funcional**. Si decimos que esta denominación es convencional es porque, además de no estar así adjetivada la Administración institucional en las leyes (incluida la propia CE), resulta difícil encontrar un solo término al que re conducir toda la variedad de entes, organismos, juntas, etc. que la componen. Ni siquiera en la doctrina existe unanimidad terminológica, pues hay quien prefiere hablar de esta forma, o bien de **Administración instrumental** (más en boga por la doctrina más moderna) o **Administración especializada**, y hay quien prefiere no utilizar un solo nombre sino varios.

Este fenómeno instrumental nace de un proceso de descentralización funcional o por servicios (**GARRIDO FALLA**), y de este episodio descentralizador nace una nueva persona jurídica, una Administración Pública, que va a permanecer adscrita al Departamento ministerial o matriz creador. En definitiva, lo que surge es una Administración descentralizada (en el sentido señalado, de forma indirecta, en el art. 2.1 LRJSP) que ejerce potestades administrativas, dicta actos administrativos, es fiscalizada por los tribunales, etc., pero que queda sometida a una cierta tutela administrativa (**ROVERSI DI MONACO**).

2. GRUPOS DE ENTES Y ENTES QUE CONSTITUYEN LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL.

El art. 84 LRJSP nos explica la **composición y clasificación del sector público institucional estatal** diciendo que integran el mismo las siguientes entidades:

- a. Organismos Públicos vinculados o dependientes de la AGE, los cuales se clasifican en:
 - a. Organismos autónomos (arts. 98 a 102 LRJSP).
 - b. Entidades Públicas Empresariales (arts. 103 a 108 LRJSP).
- b. Autoridades administrativas independientes (arts. 109 y 110 LRJSP).
- c. Sociedades mercantiles estatales (arts. 111 a 117 LRJSP).
- d. Consorcios (arts. 118 a 127 LRJSP).
- e. Fundaciones del sector público (arts. 128 a 136 LRJSP).
- f. Fondos sin personalidad jurídica (arts. 137 a 139 LRJSP).
- g. Universidades Públicas no transferidas.

3. PROBLEMÁTICA ESPECIAL DE LOS ENTES SOCIETARIOS Y FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.

Junto a las entidades instrumentales, que constituyen Entidades Públicas del Sector público, se encuentran las **Entidades privadas del Sector público**, que se dividen en Sociedades mercantiles estatales (o empresas públicas que, forman parte del Sector público empresarial) y las fundaciones del sector público:

- Las **Sociedades mercantiles estatales** son empresas que se constituyen en forma societaria (anónima, limitada u otra similar) controladas por una Administración u Organismo público, ya sea mediante la titularidad directa o indirecta de la totalidad o de la mayoría del capital social, ya sea mediante otras fórmulas excepcionales, como puede ser el nombramiento de la mayoría de los Consejeros o administradores (art. 166 Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Estas sociedades, si dependen de la AGE o de sus Organismos públicos, se regulan por la citada ley y por la Ley 47/2003, General Presupuestaria, por lo que se refiere a su régimen presupuestario y de control económico-financiero y contable.
- Las **fundaciones públicas**, es una fórmula utilizada por la Administración como forma de personificación privada (la fundación es una persona jurídica de derecho privado) y recogida en los arts. 128 a 136 LRJSP para huir del régimen exigente de DA desde que la **Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de las Fundaciones**, reconoció a la Administración la capacidad para fundar con un objeto o finalidad cualquiera. El capital mínimo que se exige para erigir una fundación es sólo de 30.000€, con lo que ha quedado al alcance de cualquier Administración, por modesta que sea.

Las **Sociedades mercantiles estatales**, en definitiva, sociedades mercantiles en manos del Estado, presentan una doble problemática: de una parte, significan en parte una **huida del DA** en la búsqueda de fórmulas de Derecho privado que escapen a alguno de los controles a los que se sujetan los Entes instrumentales. Y de otra, esa titularidad pública se ha empleado tradicionalmente para el ejercicio de actividades mercantiles o industriales, es decir, de oferta de bienes y servicios al mercado, pero en la actualidad se crean sociedades de este tipo, no ya para actividades empresariales, sino para prestar servicios públicos (como hospitalares) u otras actividades que le encomienda la Administración de las que dependan.

En relación a las **Fundaciones públicas**, se trata una fórmula enérgica para escapar de los rigores y exigencias del DA a la hora de organizar la realización de actividades públicas que no tienen carácter mercantil o industrial. Por ello, muchas Administraciones han creado fundaciones propias, precisamente para no establecer entes instrumentales o institucionales (lo que hubiera sido normal), bien aportando por entero el patrimonio fundacional, bien en colaboración con entidades o personas privadas para la realización de fines generales (Fundación Colección THYSSEN), y así el número de fundaciones no ha hecho más que crecer.

4. ADMINISTRACION INSTITUCIONAL Y EMPRESA PÚBLICA.

La relación entre la Administración institucional o instrumental y las Empresas públicas ha quedado en parte contestada en los dos últimos epígrafes. En aras de una superior concreción y al hilo de las exigencias del Tema, exponemos las siguientes consideraciones determinantes:

- a) La **Administración institucional**, integrada por los entes ya mencionados (Organismos Autónomos, Entidades Públicas empresariales y Agencias estatales) constituye una de los tipos de Administración pública reconocidos en el art. 2.1 PACAP. Por lo tanto, está sometidas a un régimen de DA (salvo las segundas, que están sometidas a un régimen de derecho privado, mercantil o civil, pero se integran dentro de la categoría general de Organismos públicos), ejercen potestades administrativas y dictan actos y resoluciones administrativas fiscalizables en vía contencioso administrativa, formando parte importante, al menos cuantitativamente del Sector Público estatal. Las Empresas públicas, personificadas en la actualidad por las Sociedades mercantiles estatales, no forman parte, por el contrario, de la Administración institucional, ni están sometidas al DA, sino al Derecho privado y no

ostentan, por tanto, potestades administrativas, que es el criterio básico para determinar cuándo un organismo es o no Administración Pública.

b) Las **empresas públicas** no tienen, en realidad, nada que ver con el DA. Son sociedades de capital público con personalidad jurídica privada, es decir, adoptan forma societaria (forma anónima por lo general) y se rigen por el Derecho privado. Forman parte del patrimonio empresarial regulado en la **Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas**, actúan en el tráfico sin privilegios y no asumen funciones públicas. Eso sí, son Sector público, tal como nos lo recuerda la **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP)** y la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)**. Administración y Sector público no siempre coinciden exactamente.

5. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS ENTES INSTITUCIONALES.

Los entes institucionales son, evidentemente, los que forman parte de la **Administración institucional**. La LRJSP utiliza el género de Organismos públicos para referirse a los que son creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración pública para la realización de **actividades de ejecución o gestión**, que pueden ser tanto administrativas, de fomento o prestación, **como de contenido económico**.

Estos Organismos públicos institucionales tienen personalidad jurídica y un patrimonio y tesorería propios y gozan de cierta autonomía de gestión. Esta autonomía es, sin embargo, limitada porque sobre ellos pende una cierta técnica de tutela, en el sentido de que están sometidos a la dirección estratégica, evaluación y control de resultados por parte del Ministerio al que siguen, no obstante adscritos.

Los organismos públicos deben ser creados por ley, siendo sus Estatutos aprobados por el Consejo de Ministros cuando dependen de la AGE. Esta regla es semejante cuando dependan de una CCAA y si pertenecen a una Administración local, la aprobación de sus Estatutos corresponde al Pleno del Ayuntamiento.

Ejercen, como sabemos, las potestades administrativas necesarias para su función, pero en ningún caso la potestad expropiatoria, e inclusive se les puede reconocer una cierta potestad reglamentaria limitada para ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio. Dentro de la denominación genérica de Organismos públicos (institucionales), la LRJSP distingue entre Organismos Autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias estatales, que pasamos a continuación a desarrollar.

6. MANIFESTACIONES DE LA RELACION DE INSTRUMENTALIDAD.

Organismos autónomos.

Son organismos públicos que se caracterizan por dos notas: una de naturaleza sustantiva, referente al tipo de actividad que desarrollan: **de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público** (arts. 98 a 102 LRJSP), es decir, actividades típicamente administrativas, y otra **de régimen jurídico**, puesto que se rigen por el DA y son creados por Ley.

En los Organismos autónomos, el nombramiento de los titulares de los órganos corresponde a la AGE, así como el personal a su servicio. El **régimen jurídico** de sus bienes se sujeta a la Ley 33/2003, y junto a los bienes adscritos por la Administración matriz para el cumplimiento de sus fines se encuentran sus bienes propios, que pueden ser tanto de dominio público, como privativos o patrimoniales. Los Organismos autónomos, por otra parte, se sujetan al **régimen de contratación** del Sector público, y en relación al sistema

de controles, además del control de resultados o de eficacia que ejerce el Ministerio al que están adscritos, están sujetos a todos los controles económicos financieros y contables establecidos en la LGP, así como el control de juridicidad de sus actos a cargo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Los Organismos autónomos son muy numerosos, tanto en el ámbito de la AGE (Instituto Nacional de Administración Pública, Confederaciones Hidrográficas, Instituto de la Mujer, BOE, Consejo Superior de Deportes, Servicio Militar de Construcciones, etc.), así como en las CCAA y en las Entidades locales.

Entidades Estatales Autónomas (Entidades públicas empresariales). (Arts. 103 a 108 LRJSP)

A diferencia de los Organismos autónomos, estas entidades gestionan servicios o producen bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Este criterio de diferenciación no siempre es claro, puesto que también los Organismos Autónomos puede ser autorizados a obtener ingresos propios (mediante precios públicos) por las actividades que realicen. Pero lo que se quiere expresar es que la actividad de estas entidades tiene, como su nombre indica, una **naturaleza y finalidad más empresarial**, que a veces parece obvia (RENFE, AENA, ADIF, ICO) y otras no tanto (Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima).

Las Entidades públicas empresariales **se rigen por el Derecho privado**, a excepción de lo que se refiere a la formación de la voluntad de los órganos colegiados (LPACAP), al ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, así como a su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y control (LGP). Como los Organismos autónomos, son creadas por Ley.

Agencias Estatales.

Aunque el nombre de Agencia no era desconocido en nuestro ordenamiento jurídico (como la Agencia Estatal de Administración Tributaria), la **Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos**, ha querido otorgar esta denominación a un nuevo tipo de organismo público. La novedad es relativa ya que los fines que esta ley persigue podían haberse con seguido simplemente modificando los Estatutos de los Organismos autónomos o añadiendo alguna modificación en la LRJSP.

Las Agencias estatales son entidades públicas creadas por ley, pueden ejercer funciones administrativas y se adscribe a un Departamento ministerial (Agencia Estatal de seguridad Aérea, Agencia Estatal de Meteorología, por ejemplo). Su sistema de organización y su régimen jurídico no se diferencian de los previstos en la LRJSP, cuyas normas se aplican con carácter supletorio. La única **singularidad** de cierto relieve es que la Agencia estatal pretende configurarse como un **instrumento de gestión pública por objetivos**. Por tanto, su actividad se rige por un programa plurianual, que deben aprobar los respectivos Ministerios. Ello conlleva asimismo algunas especialidades en el régimen de su personal y sobre todo de sus Directivos, cuyas retribuciones quedan vinculadas en parte al cumplimiento de los objetivos fijados.

En función de lo previsto por la **Disposición adicional 4º LRJSP** (Adaptación de entidades y organismos públicos existentes en el ámbito estatal), “*Todas las entidades y organismos públicos que integran el sector público estatal existentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán adaptarse al contenido de la misma en el plazo de 3 años a contar desde su entrada en vigor, rigiéndose hasta que se realice la adaptación por su normativa específica*”.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 17

EL ACTO ADMINISTRATIVO. CLASIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL ACTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, FIN Y FORMA. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. INACTIVIDAD FORMAL Y MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. LOS ACTOS DEL GOBIERNO.

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO.

El acto administrativo es una forma o manifestación de la **categoría general de acto jurídico**, cuyo estudio corresponde a la Teoría General del Derecho. Su definición es una tarea importante dada la trascendencia que el acto administrativo tiene sobre el conjunto del DA al ser aquél el último eslabón de la cadena de legalidad y a través del cual discurre la mayor parte de la actividad administrativa.

Todo acto jurídico consiste en una **declaración de voluntad** emitida por un sujeto con la finalidad de producir efectos jurídicos. Si dicha declaración procede de una Administración pública hablamos de **acto jurídico administrativo**, que será privado cuando la Administración actúa conforme al ordenamiento jurídico privado (civil o mercantil), o público (acto administrativo propiamente dicho), si se rige por el DA.

2. CLASIFICACION DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL ACTO ADMINISTRATIVO.

La Administración pública desarrolla un elenco de actividades, que **GARRIDO FALLA** divide en **actividad administrativa de policía, de fomento y de servicio público**, a través de las cuales se manifiesta la voluntad administrativa al servicio de los intereses generales. Dicha actividad está presidida por el **principio de legalidad**, lo cual supone simplemente que toda actuación administrativa, sobre todo cuando afecte a la esfera jurídica de los administrados, ha de ser consecuencia del ejercicio de una potestad otorgada a la Administración por una norma jurídica. Pues bien, esa actividad administrativa se sustenta jurídicamente sobre tres conceptos básicos:

- La **potestad administrativa** habilita para alterar la esfera jurídica de los administrados pero siguiendo determinadas formalidades y sujetándose a los límites declarados en la norma.
- El **acto administrativo** es el producto o la consecuencia del ejercicio de esas potestades, (autorizaciones, licencias, sanciones, rebajas, suspensiones, etc.).
- El **procedimiento administrativo**, en suma, es el camino que las Administraciones han de seguir para la conversión de esa potestad genérica o abstracta, que es la potestad administrativa, en actos administrativos concretos.

3. CONCEPTO Y CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Se define el acto administrativo en una primera aproximación como **toda declaración formal de la Administración consistente, por lo general, en un mandato, en una prohibición, en la imposición de un deber o en el reconocimiento de un derecho**. Esta definición responde a un concepto puramente doctrinal, pero desde una perspectiva técnico-jurídica y tras la huella de la LPACAP, podemos deducir que el acto administrativo es un **acto jurídico unilateral procedente de la Administración**, distinto del Reglamento, consistente en una declaración de voluntad. De este concepto se deduce que no son actos administrativos:

- Los contratos administrativos, al ser actos jurídicos bilaterales.

- Los actos de la Administración sujetos al Derecho privado.
- Los Reglamentos, al formar parte del ordenamiento jurídico-administrativo y ser fuente de derecho.
- Los actos políticos del Gobierno, regidos por el Derecho Constitucional.
- Los actos u operaciones materiales de la Administración que afecten a los derechos de los ciudadanos (como el derribo de un edificio o la construcción de una carretera).

Este concepto técnico de acto administrativo se suele completar con otro más amplio, procedente de la doctrina italiana (**ZANOBINI**) y aceptado por la doctrina española en el que, además de las **declaraciones de voluntad**, se incluyen las **declaraciones de deseo** (una propuesta de un órgano administrativo a otro), **de juicio** (informe o dictamen de un órgano consultivo), o **de conocimiento** (levantamiento de un acta, emisión de un certificado, etc.). Esta nueva definición sirve sólo para diferenciar entre actos administrativos “*strictu sensu*” (los actos resolutivos de la Administración) del resto de actos (de deseo, de juicio, etc.) que colaboran a la formación de los primeros y que la legislación y la doctrina califica de **actos de trámite o actos instrumentales**. Dicho esto, podemos recordar los caracteres del acto administrativo:

- a) Una **declaración de voluntad, de deseo, de juicio o de conocimiento**.
- b) Un **acto esencialmente unilateral**, sin que se requiera la voluntad del sujeto destinatario para que aquél alcance su validez (una licencia es válida desde el momento en que la Administración la concede, no siendo precisa la aceptación del destinatario).
- c) Está **regulado por el DA**.
- d) Es **fiscalizable**, por norma general, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, FIN Y FORMA.

Sujeto.

Para que el acto resulte válido ha de ser dictado por el órgano competente para ello, y ese órgano (funcionario, agente, autoridad) debe ostentar la competencia en virtud de norma jurídica expresa, pudiendo alterarse su ejercicio a través de mecanismos como la delegación, avocación, etc. El art. 34 LPACAP afirma en este sentido que “*los actos administrativos que dicten las Administraciones públicas, bien de oficio, bien a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente, ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido*”, y el art. 47 de la misma condena con “*nulidad de pleno derecho los actos dictados por órganos manifestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio*”. Además, el funcionario o autoridad titular del órgano debe estar investido, es decir, ha de encontrarse en el ejercicio pleno de su capacidad competencial. **La investidura requiere un nombramiento legal, la toma de posesión del cargo y el desempeño de la competencia en situación de servicio activo.**

Si el titular del órgano incurre en alguno de los motivos legales que obliguen a su **abstención** en un procedimiento concreto (amistad íntima, enemistad manifiesta, parentesco con el interesado, etc.), deberá ponerlo en conocimiento de sus superiores. Y si continuara con la instrucción del procedimiento, podrá ser **recusado** por los interesados mediante escrito dirigido a su superior jerárquico. Esta resolución será firme, es decir, no recurrible, y si en ella se autorizara al órgano recusado la continuación del procedimiento, su resolución no implica necesariamente su invalidez.

Objeto.

El objeto es equivalente al **contenido de la declaración de voluntad**, que deberá ser **posible** (realización viable, no imposible de cumplir), **lícito** (ajustado al ordenamiento jurídico) y **determinado o determinable** (el acto que concede una subvención debe determinar su cuantía o al menos indicar cómo será calculada), de conformidad con la teoría civil de los actos jurídicos. Dicho contenido puede ser muy variado, desde la imposición de una multa hasta la concesión de una ayuda, licencia o subvención.

Fin.

El fin o finalidad del acto administrativo, es lo que **justifica su existencia**. Es el elemento teleológico del acto consistente en averiguar para qué se dictó el acto administrativo. Esta determinación puede entenderse como la **causa** del acto, que es una categoría nuclear de la teoría general de negocio jurídico (contratos) y que puede operar también en el campo del DA.

Forma.

Además del procedimiento obligatorio para su elaboración (art. 34 LPACAP), los actos administrativos necesitan una forma externa de manifestación o constancia, y a diferencia del Derecho privado donde rige el principio de libertad de forma, el DA se acoge al modelo de la **forma escrita**, y en este sentido el art. 36 LPACAP nos dice que “*los actos administrativos se manifestarán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia*”. La excepción contenida en este precepto alude a la posibilidad de **actos u órdenes verbales** (para disolver una manifestación ilegal, por ejemplo), **actos acústicos** (toque de queda en el estado de sitio), o **actos mecánicos o visuales** (señales de tráfico, que también muestran la voluntad administrativa).

Conectado con la regulación de la forma, adquiere especial significación la **motivación de los actos administrativos** o lo que es igual, la **justificación jurídica** de la decisión que se adopte. El art. 35 LPACAP exige dicha motivación cuando dispone que “*serán motivados, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho*”:

- *Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.*
- *Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.*
- *Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.*
- *Los acuerdos de suspensión de los actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el art. 56.*
- *Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.*
- *Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.*
- *Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio.*
- *Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.*
- *Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”.*

5. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La tipología de los actos administrativos es muy extensa y alguna de las clasificaciones apenas tiene relevancia práctica. Nosotros elegimos los tipos más significativos:

- **Actos favorables y actos de gravamen.** Los primeros son actos que declaran derechos a favor de los administrados (subvención, licencia), mientras que los segundos suponen una restricción de los derechos o intereses de los sujetos (imposición de una multa, denegación de una beca, ...).

- **Actos resolutorios y actos de trámite.** Los actos resolutorios (actos definitivos) son las declaraciones de voluntad del órgano administrativo que ponen fin a un procedimiento. Los actos de trámite o instrumentales son los que auxilan o colaboran con el órgano competente para preparar la resolución final. Por ello sólo los actos resolutorios pueden ser recurridos, salvo aquellos actos de trámite (audiencia del interesado, informes preceptivos de órganos consultivos, etc.) que sean cualificados, es decir, en palabras del art. 112 LPACAP, “*si deciden directa o indirectamente en el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”.

- **Actos expresos** (la Administración notifica expresamente su declaración de voluntad), **actos tácitos** (la voluntad no se manifiesta de forma expresa pero se deduce inequívocamente de una resolución adoptada con posterioridad: por ejemplo, si un contribuyente solicita la exención de un tributo y la Agencia tributaria le gira posteriormente la liquidación, hay un acto tácito de denegación del beneficio solicitado), y **actos presuntos**, que dan lugar a la **doctrina del silencio administrativo**.

- **Actos que ponen fin a la vía administrativa y actos que no agotan esa vía.** Los segundos son aquellos que se pueden recurrir en alzada ante el superior jerárquico al seguir abierta la vía administrativa. Los primeros son directamente fiscalizables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Para el art. 114.1 LPACAP, “**ponen fin a la vía administrativa**:

- a) *Las resoluciones de los recursos de alzada.*
- b) *Las resoluciones de los procedimientos a que se refiere el art. 112.2.*
- c) *Las resoluciones de órganos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca o contrario.*
- d) *Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento*
- e) *La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualesquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive.*
- f) *La resolución administrativa de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el art. 90.4.*
- g) *Las demás resoluciones cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca”.*

En la AGE, además, el mismo art. 114.2 cita supuestos de resoluciones que ponen fin a dicha vía (actos de los miembros del Gobierno, emanados de los Ministros y Secretarios en materia de su competencia, actos procedentes de órganos directivos de un Ministerio en materia de personal, etc.)

- **Actos firmes** o actos que no pueden ser recurridos (el acto ha adquirido firmeza, algunas veces por trascurrir el plazo de impugnación sin ejercicio; en este caso, la falta de recurso en plazo en la vía administrativa cierra además la vía contencioso-administrativa), y **Actos no firmes**, que sí pueden ser recurridos tanto en vía administrativa como jurisdiccional, según corresponda.

- **Actos singulares**, que afectan en concreto a un sujeto determinado, y **Actos generales**, o dirigidos a un colectivo sin determinar a priori (convocatoria de una oposición).

6. INACTIVIDAD FORMAL Y MATERIAL DE LA ADMINISTRACION.

Una de las principales garantías del procedimiento es el **deber legal que pesa sobre la Administración que instruye un procedimiento de resolver en plazo**, deber que tiene su apoyo en el art. 21 LPACAP, la cual establece que la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. Pero conviene distinguir entre una **inactividad formal**, o ausencia de adopción de una decisión administrativa, y la **inactividad material**, que se refiere a la falta de una actuación de carácter prestacional o a la inejecución material de decisiones adoptadas:

- La **inejecución formal** puede producirse por no haberse aprobado en plazo una norma jurídica (falta de trasposición en plazo de Directivas comunitarias), o bien consistir en la falta de iniciación de un procedimiento que debe incoarse de oficio por la Administración, en la omisión de firma de un convenio y sobre todo, en el deber de adoptar una resolución en plazo (silencio administrativo).
- La **inejecución material** puede consistir en la falta de ejecución de actos o decisiones firmes de la Administración por la que se la obliga a dar o a hacer algo. En tales casos, el art. 29.2 de la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)**, faculta a los afectados a solicitar la ejecución de la Administración deudora, y si ésta no se produce en el plazo de un mes, formular recurso de esa naturaleza por el **procedimiento abreviado** para obtener una sentencia que condene a la Administración a ejecutar su propio acto.

Tanto la inejecución formal como material puede generar la **responsabilidad patrimonial de la Administración** y conferir a los afectados el derecho a una reparación cuando ocasiones daños o perjuicios que tengan el carácter de indemnizables, supuesto que no es insólito en la Jurisprudencia (así, Sentencias en casos de “*omisión de la vigilancia debida*”, o “*por no evitar el Ayuntamiento ruidos excesivos en locales y vías públicas que infrinjan las ordenanzas aplicables*”).

7. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Se entiende por silencio administrativo la **ausencia de una resolución de la Administración en plazo** (supuesto de inejecución formal). En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, si finaliza el plazo de notificación sin respuesta administrativa, dicha ausencia de notificación legitima al interesado para interpretar estimada su petición (**silencio positivo**), o desestimada (**silencio negativo**). La regla general de la LPACAP es la del silencio positivo (solicitud de una licencia de obras al ayuntamiento sin contestación en plazo), pero en la práctica administrativa domina el silencio negativo al ser mayoritaria la vía del recurso donde, por regla general, el silencio de la Administración se interpreta negativamente.

Para la ley sólo es negativo el silencio en los casos expresamente tasados (ejercicio del derecho de petición del art. 29 CE, resolución de recursos administrativos y facultades relativas al uso de bienes de dominio o

servicio público, como por ejemplo, cuando se solicita al ayuntamiento la autorización para colocar una terraza de verano en la calle y aquél no contesta la solicitud).

Como la ausencia de notificación en plazo no significa inequívocamente que la Administración deniegue en todo caso la petición, la LPACAP, que obliga a la Administración a contestar, aunque sea fuera de plazo, regula las **consecuencias del silencio**:

- Si es **positivo**, la resolución expresa fuera de plazo en ningún caso puede ser contraria a la petición del interesado.
- Si el silencio es **negativo**, por el contrario, la resolución posterior de la Administración no obliga a ésta a mantener el sentido originario y desestimatorio del silencio (el recurso puede ser estimado).

8. LOS ACTOS DEL GOBIERNO.

Esta categoría de actos surgió en Francia por obra de la Jurisprudencia de su Consejo de Estado en los primeros tiempos de la III República, afirmando que dichos actos no eran fiscalizables en la vía contencioso-administrativa al no tener la consideración de actos administrativos, como eran las decisiones gubernativas en sus relaciones con otros Poderes del Estado (disolución de las Cámaras y convocatoria de elecciones, convocatoria de referéndum consultivo, presentación de recursos ante el TC, etc...).

Esta posición fue la mantenida por la Jurisprudencia de nuestro TS hasta la mitad de los años noventa del pasado Siglo. Sin embargo, a partir de ese momento, ha dado un giro importante a su doctrina. Sin negar la existencia de actos políticos o de contenido político, considera que **pueden existir elementos reglados en dichos actos**, establecidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo las normas constitucionales, susceptibles de control judicial. De manera que lo que procede no es la inadmisión del recurso dirigido contra ellos, sino su admisión para verificar si tales elementos reglados existen y han sido respetados (por ejemplo, un acto político del Gobierno nombrando a una persona para desempeñar un cargo para el cual el ordenamiento exige unas determinadas condiciones, que no son respetadas por aquél).

Esta nueva doctrina ha sido recogida en el **art. 2.a LJCA**, si bien no menciona siquiera la expresión del acto político cuando afirma que los actos del Gobierno son controlables por esta jurisdicción en lo que se refiera a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueron procedentes, cualquiera que fuere la naturaleza de dichos actos. Sin embargo, la cuestión de los actos políticos que aparece ya resuelta desde un plano legislativo, suscita aún muchas dudas en la práctica y muchos saltos en la Jurisprudencia.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 18

VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. CONCEPTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LA NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. AUTOTUTELA DECLARATIVA Y AUTOTUTELA EJECUTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. VÍCIOS DE INVALIDEZ (NULIDAD Y ANULABILIDAD) Y MERAS IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES. DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD. EFECTOS DE LOS ACTOS VICIADOS.

1. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA.

El art. 38 LPACAP establece que “*los actos de las Administraciones públicas sujetos al DA serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*”, y su art. 39 añade que “*los actos de las Administraciones públicas sujetos al DA se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*”. Estos dos preceptos se enmarcan bajo el rótulo de **ejecutoriedad** de su art. 98, al ser las decisiones administrativas unilaterales; es decir, lo que hemos calificado de actos administrativos, obligan a su cumplimiento, al tratarse de decisiones de un Poder del Estado adoptadas por razones de interés general, de mismo modo que las leyes o las Sentencias judiciales, que deben ser respetadas y cumplidas.

Pero además, existen en los preceptos citados disgresiones terminológicas, puesto que **no hay que confundir eficacia del acto con su validez, o la ineficacia con su nulidad**. Por supuesto, cuando un acto se declara nulo pierde su eficacia, normalmente desde que se dictó (desde el origen, o “*ex tunc*”). Pero en ausencia de esa declaración de nulidad, el acto debe ser ejecutado al presumirse válido. Por el contrario, un acto válido puede perder su eficacia, al menos provisionalmente, si se suspende su ejecución por alguna razón prevista en el ordenamiento, como por ejemplo, que se interponga un recurso contra el mismo.

2. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La eficacia, característica básica de los actos administrativos, **consiste en la producción de efectos jurídicos**. Conforme al art. 39 LPACAP los actos son válidos (y por tanto eficaces) desde el momento en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. La eficacia puede no ser automática al existir situaciones susceptibles de demorar o aplazar esa eficacia. Esta es la razón por la que el art. 39.2 establece que “*la eficacia del acto quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto*” (acto sometido a condición o plazo), “*o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior*” (tutela administrativa).

Junto a la eficacia demorada, el art. 39.3 contempla el fenómeno contrario, es decir, la **eficacia anticipada (o retroactiva)**, al señalar que excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de otros anulados (si un funcionario deja de percibir una gratificación por un acto administrativo que posteriormente se declara nulo, dicho funcionario tendrá derecho a los atrasos desde la fecha en que fue desprovisto de ella), y cuando produzcan efectos favorables al interesado **siempre que los supuestos de hecho existieran ya en la fecha a la que se retrotraiga la eficacia del acto** (si se solicita una licencia de edificación habiéndose comenzado ya las obras, la retroactividad de la licencia concedida sólo procederá si al comienzo de la edificación el interesado gozaba de las condiciones que le habilitaban para solicitar la misma) y no lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas (si existen terceros

interesados con posiciones contrarias a las del beneficiario del acto, la retroactividad nunca podrá perjudicar sus derechos o intereses legítimos).

3. LA NOTIFICACION Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS.

La **notificación** de los actos administrativos es un requisito para la eficacia del acto y en tal sentido el art. 40 LPACAP dispone que “*se notificará a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses*”.

Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de 10 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 pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen algún otro requisito, surten 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. No obstante, y a los 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.

A tenor del art. 41.1 LPACAP, las notificaciones se practicarán **preferentemente por medios electrónicos** y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. Las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos:

a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.

b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos.

Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

Adicionalmente, el interesado podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos regulados en este artículo, pero no para la práctica de notificaciones.

El art 41.2 LPACAP refleja que **en ningún caso se efectuarán por medios electrónicos las siguientes notificaciones:**

- a) Aquellas en las que el acto a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico.
- b) Las que contengan medios de pago a favor de los obligados, tales como cheques.

Para a continuación (art. 41.3) permitir que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquel. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración. Pero cuando no fuera posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

En los procedimientos iniciados de oficio, según el art 41.4 LPACAP, a los solos efectos de su iniciación, las Administraciones Públicas podrán recabar, mediante consulta a las bases de datos del INE, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el Padrón Municipal.

Si el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento (art. 41.5).

Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida (art. 41.6).

Cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquélla que se hubiera producido en primer lugar (art. 41.7).

Según el art. 42 todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria.

Y cuando se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia

de 3 horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el art. 44.

También se tiene en cuenta (art. 42.3) que cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos.

Según el art. 43, las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según se disponga, y se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido, entendiéndose cumplida la obligación a la que se refiere el art. 40.4 con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única pudiendo los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso.

Con respecto a la **notificación infructuosa**, previene el art. 44 que cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el BOE. Previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente. No obstante, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el BOE.

La **publicación** de los actos administrativos (art. 45) lo será cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

En todo caso, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, en los siguientes casos:

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 individualmente realizada.

b) Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

Deberá contener los mismos elementos que el art. 40.2 exige respecto de las notificaciones y 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.

Se realizará en el diario oficial que corresponda, según cual sea la Administración de la que proceda el acto a notificar y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deba practicarse en tablón de anuncios o edictos, se entenderá cumplida por su publicación en el Diario oficial correspondiente.

4. LA SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

La suspensión es una **medida de carácter provisional y cautelar** destinada a asegurar la integridad del objeto litigioso (suspensión del acto debida a la interposición de un recurso administrativo o jurisdiccional), o a garantizar la imposición del criterio del ente u órgano superior que ostenta la tutela sobre el autor del acto (suspensión como medida de tutela o de control).

A tenor de art. 108, iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107 LPACAP, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

5. AUTOTUTELA DECLARATIVA Y AUTOTUTELA EJECUTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La expresión autotutela es de origen alemán y es utilizada en la actualidad por la totalidad de la doctrina. La LPACAP emplea el término clásico de ejecutoriedad para referirse solo a la autotutela ejecutiva.

Esta Ley establece una regulación completa y sistemática de las relaciones entre las Administraciones y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados, como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa. Queda así reunido en cuerpo legislativo único la regulación de las relaciones de las Administraciones con los ciudadanos como ley administrativa de referencia que se ha de complementar con todo lo previsto en la normativa presupuestaria respecto de las actuaciones de las Administraciones Públicas, destacando especialmente lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; la LGP, y la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La autotutela de la Administración es uno de los privilegios o prerrogativas de la misma y significa que dispone de mecanismos para tutelar sus propios actos sin necesidad de tener que acudir a los tribunales, bien para imponer deberes o reconocer derechos (**autotutela declarativa**), bien para exigir el cumplimiento de los mismos de forma coactiva (**autotutela ejecutiva**).

6. LA EJECUCION FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Los actos administrativos son títulos de ejecución forzosa, pero antes de llevar a cabo cualquier acto de ejecución material (derribo de una muro), el órgano competente deberá **notificar al interesado la resolución** o acuerdo que le sirva de fundamento (art. 99), excluyéndose de esta obligación aquéllos supuestos excepcionales que justifiquen una intervención administrativa material de carácter urgente, con el fin de evitar perjuicios graves a derechos de terceros. Si la Administración actúa sin resolución previa incurre entonces en lo que se denomina **vía de hecho**, fiscalizable ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Para la ejecución forzosa de sus actos, el art. 100 otorga a la Administración los siguientes mecanismos:

- **Apremio sobre el patrimonio:** medio característico para el cobro de las cantidades dinerarias que se adeudan a la Administración en virtud de una resolución previa. Se trata de un procedimiento especial regulado en la legislación tributaria (LGT y Reglamento General de Recaudación) (art. 101)
- **Ejecución subsidiaria:** consiste en la ejecución de la obligación impuesta al interesado por la propia Administración o por terceros (contratados al efecto), siempre a costa del obligado. Naturalmente debe tratarse de obligaciones de hacer no personalísimas (art. 102)
- **Multa coercitiva:** medida de carácter facultativo para la Administración, nunca obligatoria, consistente en la imposición de multas al interesado, que pueden ser reiteradas y periódicas, con la finalidad de obligarle a cumplir con las obligaciones exigidas por la Administración. Al ser discretionales y no tratarse de sanciones en sentido estricto no necesitan, por tanto, sujetarse al procedimiento sancionador (art. 103)
- **Compulsión sobre las personas:** se aplica en exclusiva a actos administrativos que impongan una obligación de hacer o soportar personalísima, pudiendo utilizarse esta medida sólo si una norma con rango de ley lo autoriza expresamente. Consiste la compulsión en el uso de la **coacción o fuerza directa** (disolver una manifestación ilegal), aunque en ocasiones no es necesario el uso de dicha coacción (vacunación obligatoria para visitar determinados países) (art. 104)

Para el caso de existir varios mecanismos utilizables, se elegirá el **menos restrictivo de la libertad individual**. Y si para hacerlos efectivos fuera necesario entrar en el domicilio del obligado, el agente o funcionario deberá contar con su consentimiento o, en su defecto, obtener una **orden de entrada judicial** (desahucio administrativo, desalojo de inmuebles en virtud de expropiación, etc.).

7. NULIDAD, ANULABILIDAD Y MERAS IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES.

Dentro de la doctrina de la invalidez de los actos administrativos existen diversos niveles, configurados según la gravedad de la infracción del ordenamiento jurídico. La invalidez más intensa o grave es la llamada **nulidad de pleno derecho (nulidad radical o absoluta)**, Y la más leve es la nulidad relativa denominada frecuentemente **anulabilidad**. Existen además simples irregularidades (**irregularidades no invalidantes**), que no provocan la invalidez de los actos.

NULIDAD DE PLENO DERECHO: es la máxima sanción que puede recibir un acto y por ello los vicios que el ordenamiento contempla como **supuestos de nulidad radical** consisten en **infracciones de especial gravedad, específicamente tasadas**, que se citan en el art. 47 LPACAP. Estos actos son:

- Los que lesionen los derechos y libertades **susceptibles de amparo constitucional**.
- Los dictados por órganos **manifestamente incompetentes** por razón de la materia o del territorio (el TS ha declarado que la incompetencia jerárquica, salvo ostensible y grave, es causa de anulabilidad).
- Los que tengan un **contenido imposible** (orden de demolición de un edificio que ya derribado).
- Los **constitutivos de infracción penal** o que se dicten como consecuencia de ésta (contiene dos supuestos distintos: los actos constitutivos de un delito en sí mismos - los que incurran en falsedad en documento público -, y los dictados como consecuencia de una infracción penal, sin ser delictiva en sí misma, como el funcionario que acepta un soborno, dictando un acto injusto no delictivo).
- 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 (actos dictados sin el quórum necesario).

- Los **actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico** en virtud de los cuales se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (como falsear las condiciones para obtener una subvención).
- Cualquier otro que se establezca expresamente por una disposición con rango de ley.

Por su parte, el art. 47.2 considera asimismo nulos los reglamentos que vulneren el ordenamiento jurídico (**reglamentos ilegales**)

ANULABILIDAD. La nulidad relativa se recoge en el art. 48 en virtud del cual “*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 de lugar a la indefensión de los interesados*”.

IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES. No afectan en absoluto a la eficacia del acto. Nos hallamos ante **vicios de forma no esenciales** (como sería la notificación de un acto transcurridos 10 días). El art. 47.3 declara que “*las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicarán la anulabilidad cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo*” (así, será anulable una multa de tráfico pasado un año desde su imposición, al haber prescrito la infracción).

8. DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD.

La diferencia entre nulidad y anulabilidad radica en la mayor o menor gravedad de la infracción y ello, lógicamente, conduce a la producción de diferentes consecuencias jurídicas.

9. EFECTOS DE LOS ACTOS VICIADOS.

Efectos de la Nulidad de pleno derecho:

- **El acto nulo no puede ser convalidado;** al ser un vicio insubsanable, que no puede enmendarse por una actuación administrativa posterior ni en virtud del consentimiento del afectado.
- **El acto nulo provoca la eliminación de sus efectos “ex tunc”** (desde el origen o desde que se dictó), al ser considerado jurídicamente inexistente por el Derecho.
- **La nulidad es un vicio de carácter imprescriptible;** los recursos, administrativos y judiciales, se encuentran siempre sujetos a un plazo de interposición. Aunque el vicio que se alegue sea el de nulidad, transcurrido dicho plazo sólo cabe revisarlo de oficio por la propia Administración

Efectos de los Actos anulables:

- **Los actos anulables producen efectos “ex nunc”,** desde el momento en que se declare su nulidad relativa, por lo que serán válidos los efectos ya producidos.
- **Los actos anulables sí pueden ser convalidados;** así, el órgano competente superior jerárquico del que ha dictado el acto, podrá convalidarlo o validararlo.
- **Los actos anulables,** como los nulos, **están sujetos a plazos de interposición**, pasados los cuales, por falta de reacción del perjudicado, se convierten en actos perfectamente válidos.
- Si la Administración quiere retirar un acto anulable que le perjudica, no puede revisarlo de oficio, como los actos nulos, sino que, una vez que sea declarado por ella lesivo al interés general, deberá remitir el acto al orden contencioso-administrativo para que proceda a su fiscalización.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 19

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO, CLASES Y SUJETOS. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES. CLASES DE PROCEDIMIENTOS: PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES Y ESPECIALES. SITUACIONES JURÍDICAS DEL CIUDADANO. CONCEPTO Y CLASES DE DERECHO SUBJETIVO. CONCEPTO DE INTERÉS LEGÍTIMO. INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN DERECHO ADMINISTRATIVO. REPRESENTACIÓN.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO, CLASES Y SUJETOS.

Como la actividad administrativa se realiza en base a la atribución por Ley de potestades, es natural que su ejecución se encuentre sometida a un procedimiento, a unos cauces procedimentales rigurosos, con objeto de garantizar los intereses públicos. Y ello es así, en primer lugar por exigencias de la CE en cuyo art. 105.c se dispone lo siguiente: "*la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*". Estas leyes de remisión son la LPACAP y la LRJSP que regula, además del RJSP, el PAC, correspondiendo al Estado la competencia exclusiva a través de las bases o de su legislación básica (art. 149.1.18.). Este régimen común es aplicable a las Administraciones estatal, autonómica y locales y Entidades dependientes o vinculadas a ella, con algunas excepciones. Por ejemplo, el régimen de los órganos colegiados no se aplica al Gobierno, ni a los Consejos de Gobierno de las CCAA, ni a los órganos de Gobierno de las Entidades locales.

En cuanto a sus **CLASES**, además del procedimiento general u ordinario, existen otros que podríamos denominar especiales, como son los procedimientos en materia tributaria, Seguridad social y Régimen sancionador de los funcionarios.

Y dentro del procedimiento ordinario, se pueden realizar subdivisiones como:

- **Procedimientos de primer grado**, que suponen el ejercicio directo de una potestad (una sanción), y segundo grado, o vinculados a un procedimiento anterior (como el procedimiento en vía de recurso).
- **Procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva**, que compara en un solo procedimiento una eventual pluralidad de solicitudes (como el procedimiento de selección de los funcionarios públicos).

En relación a los **SUJETOS** que intervienen en el procedimiento, debemos distinguir:

- a) De una parte, la **Administración actuante**, que es la responsable del procedimiento. Dicha responsabilidad es asumida tanto en la tramitación del procedimiento como en su resolución. Como el art. 103.1 CE exige a la Administración que actúe con objetividad, el 103.3 prescribe que la ley establecerá las garantías de imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (abstención y recusación).
- b) De otra, los **interesados** en el procedimiento.

2. NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERES.

En el procedimiento administrativo la Administración realiza, junto a una **actuación material**, a través de sus empleados o agentes (impartir una clase, examinar a un paciente, etc.), realiza otra **actuación formalizada** de cualquier tipo, como la emisión de un acto, la aprobación de un reglamento o la firma de una contrato, y sólo excepcionalmente puede decidir directamente, sin sujetarse a procedimiento alguno (casos muy reducidos

de extrema urgencia o necesidad). Con estos presupuestos, la naturaleza jurídica de la institución se justifica debido a que el procedimiento permite cumplir **tres finalidades complementarias**:

- En primer lugar, el procedimiento debe garantizar el **acuerdo de la decisión**.
- En segundo lugar, el procedimiento constituye una **garantía para los interesados**, que pueden defender a través de él sus derechos o intereses legítimos antes de que la decisión sea adoptada (**audiencia de los interesados**), requisito esencial que adquirió relevancia en el DA alemán, por obra del Jurista A. MERKL.
- Finalmente, y más recientemente, el procedimiento constituye, además, un medio para la apertura de la Administración al entorno social, de participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones administrativas (iniciativas populares para, por ejemplo, solicitar prestación de servicios en los municipios, consultas populares, etc.)

3. CLASES DE PROCEDIMIENTOS: PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES Y ESPECIALES.

Existe un **procedimiento general** (no procedimientos generales), que es el procedimiento común, y varios **procedimientos especiales** (tributarios, sancionadores, etc., y los exigidos en Leyes administrativas específicas). A las subdivisiones del procedimiento que efectuamos al inicio, **GARCIA DE ENTERRIA** realiza otra en atención a la finalidad concreta del mismo, distinguiendo entre **procedimientos declarativos**, que se orientan a la elaboración de una decisión (procedimiento sancionador), **procedimientos ejecutivos**, que tienden a la realización material de una decisión anterior definitiva (procedimiento de apremio) y **procedimientos de simple gestión**, que preparan una decisión ulterior (liquidación de un impuesto).

4. SITUACIONES JURIDICAS DEL CIUDADANO.

El ciudadano o administrado, en sus relaciones con la Administración, asume una serie de situaciones que la doctrina las agrupa como **situaciones jurídicas favorables (activas, o de ventaja)** y **situaciones jurídicas desfavorables (pasivas o de gravamen)**.

Situaciones favorables:

- **El derecho subjetivo** (epígrafe siguiente).
- **El interés legítimo** (epígrafe siguiente).
- **Las facultades**, que integran el contenido de los derechos subjetivos (en el derecho privado, que es de donde procede el concepto; las facultades de un propietario, titular de un derecho subjetivo, consisten en gozar, ceder o reivindicar la cosa en caso de despojo de la propiedad).

Situaciones desfavorables:

- **El deber y la obligación:** dentro de las relaciones de subordinación, es tradicional distinguir entre en deber (en sentido estricto) y obligación. **El deber nacería directamente de la norma** (deber ordenado en el art. 31.1 CE “*de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*”), mientras que **la obligación nacería en el ámbito de una relación jurídica determinada** (la derivada de un acto o de un contrato). Cuando el deber, que es una proclamación genérica, se concreta en un sujeto determinado por reunir éste los requisitos que la norma exige, es cuando aparece el concepto técnico de obligación.
- **La carga:** se trata de una condición que el ordenamiento impone a los ciudadanos para que éstos puedan ejercitar sus derechos (el administrado está obligado a recurrir una decisión administrativa

- adversa si no quiere perder el derecho definitivamente). A diferencia del deber, que le ordena para satisfacer un interés ajeno, la carga está **establecida en interés del propio sujeto**, por lo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja o posible derecho.
- **El status**, figura de difícil precisión conceptual. Se aplica en general para designar un grupo de personas con unas características comunes, a la que se las somete a una regulación unitaria compuesta por una tejido de derechos y obligaciones predeterminados (status o estatuto de funcionario, de recluso, etc.)

5. CONCEPTO Y CLASES DE DERECHO SUBJETIVO.

El derecho subjetivo es un poder reconocido al ciudadano por el ordenamiento jurídico que le permite ejercitárolo frente a los demás (“*erga omnes*”), ya se trate de entes o sujetos públicos o privados, disponiendo para ello de la **tutela judicial efectiva** del art. 24 CE, es decir, de los Jueces y Tribunales, para el caso de que dichos derechos no fueren respetados. El concepto de derecho subjetivo, que es un concepto unívoco, no exclusivo del Derecho privado, se traslada al campo del DA por obra de la Revolución francesa, denominándose derechos públicos subjetivos aquellos ejercitables frente a la Administración recogidos y garantizados por normas de Derecho público.

En cuanto a sus **CLASES**, distinguimos:

- **Derechos subjetivos de carácter político - constitucional**, derivados de situaciones de libertad individual, como son los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I (arts. 14 al 29 CE).
- **Derechos subjetivos patrimoniales** (justiprecio en caso de expropiación forzosa).
- **Derechos subjetivos creados, declarados o reconocidos a un sujeto concreto por un acto administrativo singular** (una licencia, una subvención, una exención).
- **Derechos subjetivos de los administrados en su relación con la Administración**, en referencia clara al art. 53 LPACAP, que reconoce estos derechos en el ámbito del procedimiento administrativo (derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de un procedimiento en que intervengan como interesados, derecho a identificar autoridades y personal de la Administración que lo tramita, formular alegaciones, solicitar copias de documentos que les afecten, etc.).

6. CONCEPTO DE INTERÉS LEGÍTIMO.

Consiste el interés legítimo en una situación que se produce como **efecto reflejo o indirecto de una norma**: cuando ésta protege de inmediato el interés público pero a la vez, de modo indirecto, protege también los intereses individuales del administrado (interés legítimo de los opositores en un procedimiento de selección de empleados públicos, en que la Administración cumpla las normas jurídicas reguladoras del procedimiento, pues está en juego un posible beneficio o perjuicio para ellos). En todo caso, el **interés legítimo defraudado**, sirve para poner en marcha la justicia administrativa a través del ejercicio de las acciones correspondientes ante los Tribunales (art. 24 CE). No obstante, después de la entrada en vigor de la LJCA 29/1998, el interés legítimo, individual o colectivo, abarca un concepto más amplio que el derecho subjetivo.

7. INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO.

Para que una persona pueda participar en un procedimiento administrativo la Ley exige, en principio, que ostente una legitimación, es decir, una cualificación específica, de tal manera que no basta la simple condición de ciudadano sino que se exige una **especial relación con el objeto del procedimiento** de que se trate, lo que permite considerar a dicha persona como interesado en el procedimiento. A este respecto, la LPACAP diferencia dos tipos de legitimación:

- a) Una **específica y singularizada**, recogida en el art. 4, según el cual se consideran interesados en el procedimiento:
 - i. Los **titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos**, ya sean individuales o colectivos, que promueven o inicien el procedimiento (si éste puede iniciarse a instancia de parte).
 - ii. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, sean **titulares de derechos que puedan resultar afectados** por la decisión que en el mismo se adopte (y a quienes se le comunicará la tramitación del procedimiento).
 - iii. Los **titulares** de intereses legítimos, ya sean individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la resolución, que aunque no hayan iniciado el procedimiento, **se personen en mismo antes de que se dicte la resolución administrativa**.
- b) Aquellos **supuestos excepcionales** en los que el ordenamiento jurídico exime a los ciudadanos de la acreditación de legitimación alguna, mediante el ejercicio de la acción popular (en materia de dominio público marítimo-terrestre, la Ley de Costas establece que será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y Tribunales la observancia de lo establecido en la Ley).

8. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN DERECHO ADMINISTRATIVO.

Como en Derecho Civil la capacidad de obrar en DA es la aptitud, no ya para ser titular de derechos (lo cual dependerá de la norma), sino para ejercer eficazmente los derechos y deberes derivados de las relaciones jurídico-administrativas. Pero en DA no existe una regulación general de las causas modificativas de la capacidad de obrar, si bien las más comunes son:

- **La menor edad:** el art. 3.b de la Ley establece que tendrán capacidad de obrar, además de las personas que la ostenten conforme a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico (por ejemplo, 16 años para entrar en discotecas o para obtener una licencia de radioaficionados),
- **La nacionalidad:** tradicionalmente, la condición de extranjero suponía una merma en la titularidad de situaciones administrativas. Sin embargo, en la actualidad, se parte de un principio de igualdad entre españoles y extranjeros como deduce de la **Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración social**. Así por ejemplo, los extranjeros residentes empadronados en un municipio, tienen la condición legal de vecinos y todos los derechos que a los españoles reconoce la Ley de Régimen Local. De este modo, y salvo el acceso a cargos y funciones públicas, derecho inicialmente reservado por la CE a los nacionales en su art. 13.2, en realidad son muy pocas las matizaciones o modulaciones que hay que hacer sobre la capacidad administrativa de los administrados no nacionales.
- **La condena penal y la sanción administrativa:** los condenados por determinados delitos y sanciones administrativas, pueden ver afectada su capacidad en determinados ámbitos: acceso a la función pública, obtención de determinados permisos (como el de caza), o incapacidad para contratar con la Administración u obtener subvenciones públicas.

9. REPRESENTACION.

Los interesados pueden comparecer y actuar en el procedimiento **por sí mismos o a través de representante** (art. 5 LPACAP). Pero en el procedimiento administrativo no rige el formalismo propio de los procesos judiciales, de tal forma que representante puede ser **cualquier persona con capacidad de obrar**, siempre que quede claro a la Administración que se ejerce tal representación. Sólo para determinadas actuaciones especiales (formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones o renunciar a derechos), la representación debe acreditarse **por cualquier medio válido en Derecho** que deje constancia fidedigna (no necesariamente mediante poder notarial), o mediante comparecencia personal del interesado ante el instructor del procedimiento (la llamada representación “*apud acta*”, que traducido literalmente del latín significa “*cerca de las actuaciones*”). Para los demás trámites y gestiones se presume la representación.

La falta de acreditación, si es necesaria la representación, tampoco impide que sea tenga por realizado el acto, siempre que se aporte la acreditación o se subsane el defecto en un plazo de 10 días (art. 5.6).

Finalmente, cuando en una misma solicitud, escrito, etc., figuren **varios interesados**, las actuaciones administrativas pueden efectuarse con quien de ellos se señale, y en su defecto, con quien figure en primer término, que asume una representación implícita a estos solos efectos (art. 7).

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 20

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: FASES Y REQUISITOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD. LUGAR: LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS. LUGARES DE PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS DIRIGIDOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. TIEMPO DE LA ACTIVIDAD: TÉRMINOS Y PLAZOS. FORMA. LA LENGUA DE LOS PROCEDIMIENTOS. EL PROCEDIMIENTO. INICIACIÓN. DESARROLLO. ORDENACIÓN. INSTRUCCIÓN. TERMINACIÓN. REFERENCIA A LA EJECUCIÓN.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: FASES Y REQUISITOS GENERALES DE ACTIVIDAD.

Para facilitar el desarrollo del procedimiento administrativo, la LPACAP estructura el esquema básico en cuatro fases, que son como períodos formalizados con un objetivo específico. Así, cabe distinguir las **fases de iniciación, ordenación (o impulso), instrucción y finalización**, y también ejecución, esta última con unas características perfectamente diferenciadas que merecen consideración aparte.

Dichas fases procedimentales serán analizadas a continuación, al igual que los requisitos generales de actividad, las formas de comienzo del procedimiento, términos, plazos, etc.

2. LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS: LUGARES DE PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS DIRIGIDOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El art. 16 LPACAP establece de las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a las Administraciones públicas lo siguiente:

“1. Cada Administración dispondrá de un **Registro Electrónico General (REG)**, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos. También se podrán anotar en el mismo, la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares.

Los Organismos públicos vinculados o dependientes de cada Administración podrán disponer de su propio registro electrónico plenamente interoperable e interconectado con el REG de la Administración de la que depende.

El REG de cada Administración funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada Organismo. Tanto el REG de cada Administración como los registros electrónicos de cada Organismo cumplirán con las **garantías y medidas de seguridad previstas en la legislación en materia de protección de datos de carácter personal**.

Las disposiciones de creación de los registros electrónicos se publicarán en el diario oficial correspondiente y su texto íntegro deberá estar disponible para consulta en la sede electrónica de acceso al registro. En todo caso, las disposiciones de creación de registros electrónicos especificarán el órgano o unidad responsable de su gestión, así como la fecha y hora oficial y los días declarados como inhábiles.

En la sede electrónica de acceso a cada registro figurará la relación actualizada de trámites que pueden iniciarse en el mismo.

2. Los **asientos** se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los documentos, e indicarán la fecha del día en que se produzcan. Concluido el trámite de registro, los **documentos** serán

cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas.

3. El registro electrónico de cada Administración u Organismo garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del documento que se registra. Para ello, se emitirá automáticamente un recibo consistente en una **copia autenticada del documento** de que se trate, **incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada** de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos.

4. **Los documentos** que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas **podrán presentarse:**

- a) En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.
- b) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
- c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- d) En las oficinas de asistencia en materia de registros.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

5. **Los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones Públicas, deberán ser digitalizados**, de acuerdo con lo previsto en el art. 27 y demás normativa aplicable, por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización.

Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de presentar determinados documentos por medios electrónicos para ciertos procedimientos y colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

6. Podrán hacerse efectivos mediante transferencia dirigida a la oficina pública correspondiente cualesquier cantidades que haya que satisfacer en el momento de la presentación de documentos a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de su abono por otros medios.

7. Las Administraciones Públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas en las que se prestará asistencia para la presentación electrónica de documentos.

8. No se tendrán por presentados en el registro aquellos documentos e información cuyo régimen especial establezca otra forma de presentación."

3. TIEMPO DE ACTIVIDAD: TERMINOS Y PLAZOS. (arts. 29 a 33 LPACAP)

Generalmente se entiende que existe un **término** cuando la norma exige la realización de un acto en un momento determinado. En cambio, existe **plazo**, cuando la norma exige un espacio de tiempo, más o menos amplio, para la realización del acto. En tal sentido el art. 29 LPACAP dispone que los términos y plazos establecidos por las normas obligan tanto a los interesados como a las autoridades y personal al servicio de la Administración competentes para la tramitación de asuntos. El incumplimiento de los términos y plazos produce los efectos siguientes:

- **Si el incumplimiento procede de la Administración:** para el caso de plazos estrictamente procedimentales (plazo de 10 días para la notificación), su incumplimiento no genera la invalidez del acto, por tratarse de una irregularidad no invalidante, sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidades disciplinarias a los culpables. En cambio, en relación a los plazos sustantivos, es decir los que operan como límite para el ejercicio de las potestades administrativas, su incumplimiento sí supone la invalidez del acto dictado fuera de plazo (ejercicio de la potestad sancionadora una vez prescrita la infracción).
- **Si el incumplimiento es por culpa de los interesados:** en el caso de que los interesados no cumplan un trámite concreto o no subsanen los defectos requeridos por la Administración en el plazo determinado, el art. 95 habilita a la Administración para archivar el procedimiento en virtud de la llamada **preclusión o decaimiento del derecho**.

En el procedimiento administrativo los plazos pueden modificarse, permitiendo el art. 32 LPACAP una **ampliación** ("salvo precepto en contrario se podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos a terceros"), o según el art. 33 una **reducción** ("Cuando razones de interés público lo aconsejen, se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por el cual se reducirán a la mitad de los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes o recursos.")

4. FORMA.

El procedimiento seguido a instancia del interesado se inicia siempre por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia (art. 36). De no ser así, caben dos sistemas de rehabilitación de la petición o solicitud:

- **La subsanación:** si la solicitud no reúne los requisitos exigidos legalmente, incluida la firma del solicitante, el art. 68.2 cita que si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos exigidos por la legislación específica aplicable se requerirá al interesado para que, en un plazo de 10 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 art. 21 (Obligación de resolver).
- **La mejora:** en los procedimientos iniciados a instancia de parte, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntaria de los términos de aquélla, levantando de ello acta

sucinta que se incorporará al procedimiento (art. 68.3). Se trata de mejorar los aspectos de fondo de la misma, posibilidad que tiene por objeto flexibilizar las exigencias derivadas del **principio de congruencia**, por el que la resolución debe corresponderse con la pretensión o petición formulada.

5. LA LENGUA EN LOS PROCEDIMIENTOS.

El art. 15 LPACAP reconoce el **derecho de los ciudadanos a utilizar las lenguas oficiales** en el territorio de la CCAA, y siguiendo una jurisprudencia constitucional muy consolidada, dispuso en el art. 15.1 que tratándose de procedimientos tramitados por órganos periféricos de la AGE en las CCAA deberían redactarse en base al **régimen de cooficialidad** en español, que es la lengua oficial de Estado, o en la lengua vernácula de la CCAA, a elección de los interesados. Pero si los procedimientos se tramitan por Administraciones autonómicas o locales con lengua propia, la LPACAP renuncia a imponer solución alguna, remitiéndose en bloque a lo que disponga la legislación autonómica (art. 15.2).

6. EL PROCEDIMIENTO: INICIACION, DESARROLLO U ORDENACION, INSTRUCCIÓN Y TERMINACION.

INICIACIÓN. Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada (art. 54).

a) **Iniciación de oficio**, que podrá tener lugar:

- **Por acuerdo del órgano competente**, bien por propia iniciativa del mismo (art. 59), como consecuencia de orden superior (art. 60) o a petición razonada de otros órganos (art. 61).
- **Por denuncia de un tercero**: en este caso la Ley no concede al denunciante la condición de interesado en el procedimiento (art. 62.5), al margen de que la denuncia, por sí misma, no presupone la obligación de la Administración de abrir un procedimiento, porque la denuncia puede no ajustarse a la realidad de los hechos o a las personas denunciadas.

b) **Iniciación a solicitud de persona interesada**, requisito de actividad que obliga a la Administración a iniciar los trámites del procedimiento. Esta solicitud se instrumentaliza por medio del llamado **escrito de iniciación**, llamado por la Ley instancia o solicitud, el cual se utilizará cuando no existan **impresos o modelos oficiales**. El escrito deberá contener las menciones o requisitos señalados en el art. 66 (nombre, apellidos y designación del representante, medio electrónico o, en su defecto, lugar físico que se fije a efectos de notificaciones, hechos, razones y petición en que se concrete la solicitud, lugar y fecha, firma del solicitante y organismo, centro o unidad administrativa a la que se dirija la instancia). El **acuerdo de iniciación** del procedimiento no puede ser objeto de recurso (al ser un acto de trámite), y una vez iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá disponer, de oficio o a instancia del interesado, la adopción de **medidas provisionales**, de acuerdo con los **principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad**, e incluso se permite adoptar dichas medidas incluso antes de iniciarse el procedimiento, cuando exista verdadera urgencia en la protección de los intereses debatidos (art. 56).

ORDENACIÓN. (arts. 70 a 74). Es la siguiente fase, consistente en la tramitación, desarrollo o impulso del procedimiento. Se **impulsará de oficio** en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad (art. 71, **principio de oficialidad**, según el cual el paso de un trámite a otro será acordado directamente por el órgano administrativo sin necesidad de solicitud por los interesados), debiendo observarse un **orden riguroso en la tramitación** de expedientes de la misma naturaleza, salvo que el órgano administrativo disponga lo contrario (la inobservancia del orden establecido puede motivar la exigencia de una responsabilidad disciplinaria contra el infractor, que puede llegar hasta la

remoción de su puesto de trabajo). La ordenación del procedimiento, comprende, como **subfases**, el análisis de términos y plazos, la observancia del principio de celeridad (o de economía procesal), así como la adopción de las medidas provisionales descritas.

INSTRUCCIÓN. Momento clave del procedimiento. Se trata de la **fase suprema** destinada a reunir los datos, informes y circunstancias precisas para que la resolución administrativa se ajuste a Derecho. Dicha fase comprende a su vez las siguientes subfases:

- **Alegaciones:** los interesados podrán presentar alegaciones y aportar documentos en cualquier momento del procedimiento siempre **anterior al trámite de audiencia**. Unas y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución (art. 76).
- **Informes** (arts. 79 a 81): son actos de juicio (y de trámite) emitidos por órganos administrativos consultivos en forma de informes o dictámenes. Con carácter general, el art. 80.1 dispone que los informes, salvo disposición expresa en contrario, serán facultativos y no vinculantes. Deberán ser emitidos por medios electrónicos y si fuera emitido fuera de plazo podría no ser considerado a efectos de la correspondiente resolución.
- **Información pública** (art. 83): se trata de una forma de participación ciudadana en el procedimiento. Así, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen (por estar conectado al proceso asociaciones de víctimas del terrorismo, o de consumidores o usuarios, etc.), el órgano administrativo podrá abrir un período de información pública (normas urbanísticas o medioambientales que exijan este trámite), con el fin de que cualquier ciudadano pueda presentar alegaciones. Debe publicarse en el Diario oficial correspondiente y **en ningún caso el trámite será inferior a 20 días**.
- **Prueba:** el art. 77 permite la práctica de las pruebas que sean necesarias para acreditar los hechos relevantes (peritos, testigos, reconocimientos, etc.). Existe al respecto un auténtico **derecho de prueba**, lo que no obsta para que la Administración pueda rechazar aquéllas que considere manifiestamente innecesarias. El período de prueba **no debe ser inferior a 10 días ni superior a 30**.
- **Audiencia del interesado** (art. 82): trámite de extraordinaria importancia que ha de tener lugar, por sus propios fundamentos, antes de que se dicte la resolución final. Mencionado expresamente en el art. 105 CE, trata de proteger los posibles derechos del interesado en el caso de que se presenten nuevos documentos o se certifiquen hechos desconocidos que no constaban o se integraban en la documentación inicial presentada por el interesado. Dicha audiencia, como en el proceso penal, trata de **oír al interesado** antes de la resolución definitiva para, en su caso, contradecir los nuevos aportes documentales. De este trámite **se puede prescindir**, obviamente, cuando los hechos o documentos nuevos no sean diferentes a los presentados por el interesado en su escrito o solicitud. La omisión de la audiencia, si ésta es preceptiva, provoca la anulabilidad del acto por indefensión del interesado (art. 48), si bien la Jurisprudencia reciente se inclina más por la **nulidad radical o de pleno derecho**.

TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Terminación normal, que puede tener lugar por **resolución expresa** del acto, la cual deberá notificarse a los interesados en el plazo de 10 días, sin que en ningún caso dicha resolución pueda agravar la posición inicial que el interesado tenía antes de presentar la solicitud (la llamada “*reformatio in peius*”, o reforma para peor, para empeorar una situación), o bien mediante **silencio administrativo** (resolución presunta).

Terminación anormal, la cual admite tres categorías:

- **El desistimiento**, o posibilidad del interesado de retirar su petición en cualquier momento del procedimiento, que no implica la imposibilidad futura de reiterar su solicitud ante la Administración. (Art. 94)
- **La renuncia**, que supone el abandono del derecho por el solicitante, lo que le inhabilita para formular en el futuro otra petición en el mismo sentido. (Art. 94)
- **La caducidad**, (art. 95) que implica la conclusión del procedimiento por causas imputables al interesado, por su inactividad. Sin embargo la caducidad no se produce automáticamente por el mero trascurso del plazo, sino que la Administración viene obligada a advertir al interesado que si trascurren 3 meses sin la debida actuación de éste (no presentación de la documentación solicitada), declarará la caducidad archivando el procedimiento. La caducidad produce los mismos efectos que el desistimiento, por lo que la petición podrá reproducirse en otro momento.
- Existe una cuarta forma de terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por **causa sobrevenida**.

Terminación convencional: es un modo de finalizar el procedimiento por medio de acuerdos, pactos o convenios con la Administración responsable del procedimiento (art. 86). Se trata de una fórmula que propone llegar a acuerdos para **evitar en lo posible la formulación de interminables recursos y la ejecución forzosa de los actos**, muy costosa en ocasiones. Estos acuerdos o pactos se pueden concertar con personas públicas o privadas, siempre y cuando no sean contrarios al ordenamiento y no versen sobre materias no susceptibles de transacción (negociación).

El art. 87 LPACAP establece que, antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las **actuaciones complementarias** indispensables para resolver el procedimiento no teniendo tal consideración los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.

El acuerdo de realización de estas actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de 7 días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes tras la finalización de las mismas. Se deberán practicarse en un plazo no superior a 15 días, quedando suspendido el plazo para resolver el procedimiento hasta la terminación de las actuaciones complementarias.

En la Ley 39/2015 se establece, en su art. 96, una nueva **tramitación simplificada del procedimiento administrativo común** cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, aunque en cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución, el órgano competente para su tramitación podrá acordar continuar con arreglo a la tramitación ordinaria.

Si es la Administración quien acuerda de oficio la tramitación simplificada del procedimiento deberá notificarlo a los interesados y si alguno de ellos manifestara su oposición expresa, la Administración deberá seguir la tramitación ordinaria.

También podrán los interesados solicitar la tramitación simplificada del procedimiento, pudiendo ser desestimada en el plazo de 5 días desde su presentación, sin que exista posibilidad de recurso por parte del interesado. Transcurrido el mencionado plazo se entenderá desestimada la solicitud.

Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en **30 días**, a contar desde el siguiente al que se notifique al

interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes trámites:

- a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.
- b) Subsanación de la solicitud presentada, en su caso.
- c) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.
- d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.
- e) Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo.
- f) Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo.
- g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el Dictamen hasta que sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver. Su emisión debe hacerse en un plazo tal que permita cumplir el plazo de resolución del procedimiento (15 días si así lo solicita el órgano competente). En el expediente que se remita se incluirá una propuesta de resolución. Cuando el Dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados, entendiéndose convalidadas todas las actuaciones realizadas durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del Dictamen.
- h) Resolución.

Para finalizar, en el caso que un procedimiento exigiera la realización de un trámite no previsto de entre los anteriores, deberá ser tratado de manera ordinaria.

7. REFERENCIA A LA EJECUCIÓN.

A tenor del art 98, los actos de las AAPP sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que:

- a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto.
- b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quiera algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.
- c) Una disposición establezca lo contrario.
- d) Se necesite aprobación o autorización superior.

Cuando de una resolución administrativa, o de cualquier otra forma de finalización del procedimiento administrativo prevista en esta ley, nazca una **obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria**, multa o cualquier otro derecho que haya de abonarse a la Hacienda pública, éste se efectuará preferentemente, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo, utilizando alguno de los medios electrónicos siguientes:

- a) Tarjeta de crédito y débito.
- b) Transferencia bancaria.
- c) Domiciliación bancaria.
- d) Cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda Pública.

Las Administraciones Públicas (art. 99), a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la **ejecución forzosa de los actos administrativos**, salvo en los supuestos en que se

suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial.

Y esta ejecución forzosa (art. 99) se efectuará respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

- a) Apremio sobre el patrimonio (art. 101).
- b) Ejecución subsidiaria (art. 102).
- c) Multa coercitiva (art. 103).
- d) Compulsión sobre las personas (art. 104).

Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual y si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las AAPP deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 21

LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS LÍMITES. PRINCIPIOS GENERALES. LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA JURISDICCIÓN PENAL. EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” Y LA SUBORDINACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA A LA JURISDICCIÓN PENAL. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. CLASES Y GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA. EXTINCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES.

1. LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS LÍMITES.

Para garantizar el **cumplimiento de la legalidad** y tutelar los intereses generales que gestiona, la Administración no cuenta sólo con las potestades de policía (o control) sino también con el **poder sancionar infracciones en el orden jurídico-administrativo**. Mediante esta prerrogativa otorgada a la Administración, el legislador persigue garantizar la observancia de dicha legalidad mediante la adopción una serie de medidas (órdenes, requerimientos, etc.) que tienen por finalidad **restaurar la legalidad infringida** o bien reponer las cosas al estado previo a la infracción (por ejemplo, la orden de demoler un edificio construido ilegalmente, el reintegro de una subvención indebida, etc.).

La potestad sancionadora de la Administración es, como la condena penal, una manifestación del “*ius puniendi*” del Estado, por lo que la cuestión fundamental no estriba en determinar por qué existen sanciones administrativas y penales, sino en qué se diferencian unas y otras, y cuáles son los caracteres que permiten distinguir en lo sustancial el Derecho sancionador administrativo y el Derecho penal.

En cuanto a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, además del **límite formal de legalidad** (necesidad de reserva de ley habilitante para que pueda sancionar conductas no tipificadas como delito), existe otro más importante: el **límite de constitucionalidad** (art. 25.3 CE), que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, por lo que sigue en vigor, a sensu contrario, la legalidad de los arrestos en el ámbito militar.

2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

Contemplados en los arts. 25 a 31 LRJSP, junto a los **principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, prescripción y el de no concurrencia de sanciones (*non bis in ídem*)**, destacan:

- **Principio de proporcionalidad**, según el cual las sanciones administrativas deberán guardar la debida adecuación entre la gravedad de la infracción cometida y la sanción aplicable.
- **Principio de responsabilidad**: inicialmente, la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones era objetiva, no requería culpa o dolo en la conducta sancionable. Esta posición, condenada primero por la Jurisprudencia, recibió el respaldo constitucional en el art. 25 CE. Uno de esos principios es el de culpabilidad, que supone dolo o culpa en la acción sancionable.
- **Derecho a la presunción de inocencia**. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

3. LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.

Principio de legalidad. Este principio fundamental es expresión del principio penal de *nullum crimen, nulla pena sine legge*. La ley ha de preceder a la conducta sancionable, dice el art. 25.1 LRJSP (*lex previa*), así como determinar el contenido de la sanción que pueda imponerse: **el art. 25 CE refleja que “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 ese momento”**. Por ello, las sanciones administrativas precisan de Ley habilitante a favor de la Administración, debiendo ésta seguir un procedimiento previsto para su ejercicio (LPACAP, arts. 89 y siguientes).

Principio de tipicidad (art. 27 LRJSP). El principio de legalidad impone la exigencia material de una norma previa con rango de Ley para que la Administración pueda ostentar la potestad sancionadora. Consecuencia de este principio es el de tipicidad que exige que exista una ley previa que permita que la Administración sancione y que la propia Ley especifique taxativamente **las infracciones y sus correlativas sanciones**, porque de lo contrario se infringiría el **principio de seguridad jurídica o certeza del Derecho**, posibilitándose la actuación arbitraria de la Administración en la defensa de los intereses generales de la comunidad.

4. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION Y LA JURISDICCION PENAL. EL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM" Y LA SUBORDINACION DE AQUELLA A LA JURISDICCION PENAL.

La legislación sobre infracciones administrativas es imperfecta, por ello es muy frecuente que una misma conducta esté tipificada como ilícita en varios textos legales, ya sea en una Ley administrativa y el Código penal (concurrencia de delito e infracción administrativa), ya sea en varias Leyes administrativas.

De hecho la LRJSP se hace eco de los principios de la potestad sancionadora, mientras que la LPACAP contempla las revisiones relativas al procedimiento sancionador, poniendo fin a la regulación de la Ley 30/92.

Un principio general del Derecho, vinculado a los de proporcionalidad y seguridad jurídica, y a efectos de cosa juzgada, prohíbe imponer varias sanciones de cualquier tipo, cuando exista identidad del sujeto infractor, hechos y fundamento. Este principio se llama en su expresión latina ***non bis in ídem***, que se halla constitucionalizado (desde una STC de 1982 se le considera incluido en la garantía fundamental del art. 25.1).

La primera de las consecuencias del principio *non bis in ídem* es que la Administración no puede imponer una sanción cuando los mismos hechos han sido objeto de una condena penal concurriendo sujeto, objeto y fundamento. Este principio ya está consolidado en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de una subordinación de la Administración al Juez penal. Sin embargo, la prevalencia de la jurisdicción penal presenta otros efectos y matices que exponemos a continuación:

- La aplicación del principio está **clara cuando existe una Sentencia penal de condena**.
- Mayor problema es que cuando los Tribunales penales vayan a pronunciarse, **exista ya una resolución administrativa sancionadora**. La posterior condena penal sería inviable, o de entenderse prevalente dejaría sin efecto la sanción administrativa, o bien intentaría su anulación o revisión.
- Si la **Sentencia es absolutoria**, es posible proseguir o reanudar el expediente administrativo e imponer una sanción de esta naturaleza, pues **la ausencia de responsabilidad penal no conlleva la irresponsabilidad administrativa**. Sin embargo, la Administración se halla vinculada por los hechos que haya declarado probados el Juez penal, ya que en palabras del TC, unos hechos no pueden existir

y dejar de existir al mismo tiempo para diferentes órganos del Estado, es decir, del Poder público. Al contrario, la Administración no está vinculada por la valoración de esos hechos en el ámbito penal, ya que no tienen por qué coincidir a efectos de aplicación de la legislación administrativa.

- En todo caso, existe **prohibición de sancionar en vía administrativa** si ya hay condena en la vía penal.

5. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

La potestad sancionadora reconocida a la Administración por el art. 25 CE se desarrolla en la LPACAP, y el procedimiento, a grandes rasgos, presenta los caracteres siguientes:

- a. En el art. 55 se contempla la posibilidad de que, con anterioridad al inicio de cualquier procedimiento, el órgano competente pueda abrir un **periodo de información o actuaciones previas**.
- b. Sólo pueden imponer sanciones administrativas los órganos administrativos que tengan **expresamente atribuida la competencia**, por disposición legal o reglamentaria, si bien la iniciación puede acordarla cualquier unidad administrativa a la que se la encomiende tal competencia.
- c. A tenor de lo dispuesto en el art. 63, el procedimiento sancionador **se inicia siempre de oficio**, por iniciativa propia como consecuencia de orden superior, por petición razonada de otros órganos, o por denuncia de los agentes de la autoridad o de los particulares, y no sólo contra las personas físicas o jurídicas presuntos responsables de la correspondiente infracción, sino también contra cualquier empleado de cualquier Administración, cuando otorgaren un permiso o autorización con infracción de ley. El art. 63.2 establece que en ningún caso **se podrá imponer una sanción sin que se haya tratado el oportuno procedimiento**.
- d. Según el art. 64 es absolutamente necesario comunicar el acuerdo de iniciación al instructor del procedimiento, y **notificar los hechos a los inculpados o imputados**, en línea con el derecho, típico del ordenamiento penal, de ser informado de la acusación.
- e. **Las fases de instrucción y la fase de sanción deben estar separadas**, es decir, la instrucción del expediente y su resolución deben estar encomendadas a órganos administrativos distintos.
- f. La **instrucción del procedimiento** comprende una **primera fase de actuaciones y alegaciones** que pueden aportar los interesados, con la proposición de las pruebas pertinentes (generalmente en un plazo de 15 días). En la segunda fase, el instructor puede acordar la **apertura de un período de prueba** (plazo no superior a 30 días ni inferior a 10), y una vez concluida ésta, el instructor debe formular una **propuesta de resolución**, según el art. 89, que se notificará a los interesados para que, en un plazo de 15 días puedan formular alegaciones y presentar documentos e informaciones. Y en el plazo de 10 días a partir de la recepción de la propuesta de resolución, el órgano competente dictará la **resolución sancionadora**, decidiendo motivadamente todas las cuestiones planteadas por los interesados y las demás que resulten del expediente.
- g. De acuerdo con el art. 90 LPACAP, en el caso de procedimientos de carácter sancionador, además del contenido general previsto para la resolución de todo procedimiento, la resolución (motivada según el art. 35) incluirá la valoración de las pruebas practicadas, fijaran hechos y responsables, infracción cometida, sanción impuesta, o declaración de no existencia de responsabilidad.
- h. **Cuando la resolución sea ejecutiva se podrá suspender cautelarmente**, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo.
- i. El art. 96 LPACAP establece que cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la **tramitación simplificada** del procedimiento.

6. CLASES Y GRADUACION DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Las infracciones administrativas se califican por la Ley en **leves, graves y muy graves**, y una vez reconocidas formalmente por la Administración, a través del correspondiente procedimiento sancionador, originan la imposición de sanciones administrativas. Rigen en esta materia el principio de tipicidad y el de **taxatividad de las sanciones**. Este principio no supone que la sanción correspondiente a cada conducta ilícita deba precisarse por la Ley con total exactitud, sino que ésta puede otorgar a la Administración un **margin de discrecionalidad** para graduar la sanción. Lo que se prohíbe es que las sanciones tengan una formulación tan abierta que la efectividad de la misma dependa de decisiones libres o arbitrarias del órgano administrativo.

Las sanciones administrativas más características son las de carácter pecuniario o multas. Otro tipo de sanciones habituales consisten en la **suspensión provisional o definitiva de ciertas actividades**, inhabilitaciones, etc... Y al igual que en Derecho penal, el principio de tipicidad prohíbe, por razones de seguridad jurídica, la aplicación de la **Analogía** en el campo de las sanciones administrativas, que sólo pueden aplicarse a las conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito.

Con respecto a la graduación de las sanciones, se aplican las circunstancias modificativas de la responsabilidad del infractor (art. 29 LRJSP):

- Grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- Continuidad o persistencia de la conducta infractora.
- Naturaleza de los perjuicios causados.
- Reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así se haya declarado por resolución firme en vía administrativa.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA.

Nos queda por último, el importante tema de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que deriven de la infracción, con un principio general análogo del art. 109 del Código penal (*"El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil"*).

En el **art. 90.4 LPACAP** se señala que cuando las conductas sancionadas hubiesen causado daños o perjuicios a las Administraciones Públicas y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiese quedado determinada en el expediente sancionador, la responsabilidad civil se fijará mediante la instrucción de **expediente complementario** cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Este procedimiento es susceptible de determinación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer, implicaría el reconocimiento voluntario de su responsabilidad, poniendo este expediente complementario fin a la vía administrativa y quedando expedita la vía contencioso – administrativa.

Encontramos una vía de exigencia paralela de la Administración en las leyes administrativas especiales, como la Ley de Aguas (art. 118: reposición de las cosas a su estado anterior y daños y perjuicios causados al servicio público). Pero conviene precisar si la Administración es o no competente para imponer al infractor los daños indirectos que sólo se concretan en la vía civil. Algunas de las normas especiales lo afirman (Ley de Aguas, de Conservación de espacios naturales, Ley de Pesca fluvial, Reglamento de Caza, etc.), incluyendo en el importe los perjuicios que la infracción causa a la Administración.

7. EXTINCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES.

Las infracciones y sanciones administrativas se extinguén:

- **Por prescripción:** este procedimiento puede impedir la imposición de sanciones, la continuidad del procedimiento o la imposibilidad de ejecutar una sanción ya impuesta. Las reglas reguladoras de la prescripción, vinculadas al principio de seguridad jurídica, se establecen en Leyes específicas o sectoriales (LGT). En función del art. 30 LRJSP, si no se establecen plazos concretos, **el plazo general de prescripción de las infracciones leves es de 6 meses, para las graves 2 años y para las muy graves 3 años**, computadas todas ellas, salvo disposición expresa en contrario, a partir del momento de la comisión de la infracción. Y **respecto a las sanciones, la prescripción se producirá por el trascurso de 3 años para las muy graves, 2 años para las graves y 1 año para las leves.**
- **Por caducidad**, que se produce si no se dicta y se notifica al inculpado la resolución sancionadora en el plazo máximo establecido, a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento (no de su notificación), o desde la fecha de la denuncia. Dicho plazo varía en función de la norma aplicable. La caducidad del procedimiento sancionador no impide, como regla general, y salvo excepción (como es la materia tributaria) la incoación de un nuevo procedimiento mientras la infracción no haya prescrito.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 22

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. LA REVISIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: POSIBILIDADES. EL RECURSO DE ALZADA. EL RECURSO DE REPOSICIÓN. EL RECURSO DE REVISIÓN. EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

1. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

De acuerdo a lo establecido en el art. 106.1 CE, los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, sin tener el monopolio del control jurídico de los actos administrativos, por la existencia de la vía previa administrativa. Estos recursos administrativos representan el **ejercicio de control interno** de los actos por la propia Administración, hasta el punto que GARRIDO FALLA nos habla de una justicia administrativa de carácter interno. Se trata de un **medio de revisión de los actos inválidos**, señalando alguno de los motivos de invalidez de los arts. 47 y 48 LPACAP, iniciado a instancia de un sujeto legitimado para ello y sujeto a un plazo de interposición. La interposición del recurso inicia un procedimiento administrativo, en el cual la propia Administración autora del acto impugnado revisa la legalidad del acto, objeto de impugnación.

Son **caracteres esenciales** de los recursos administrativos:

- Se interponen siempre a **instancia de parte**: no procede en modo alguna la iniciación de oficio puesto que la Administración no puede ir en contra sus propios actos.
- Sólo pueden interponerlos **quienes se encuentren legitimados**, es decir, quienes ostenten un derecho o interés legítimo en el asunto.
- Están sujetos a **plazos de interposición**.
- Para la resolución de los mismos, **no se precisa dictamen** de ningún órgano consultivo, salvo algunos supuestos concretos, como el recurso extraordinario de revisión.
- A través de los recursos administrativos, los interesados solicitarán del órgano administrativo competente para resolver el recurso, la **anulación, reforma o modificación de un acto administrativo ilegal**.

Son regulados en el Título V, Capítulo 2, de la LPACAP, a partir del art. 112 donde nos dice que “*contra las resoluciones administrativas y los actos de trámite, si estos últimos inciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o 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 arts. 47 y 48 de esta Ley*”.

El art. 115.1 exige que la interposición del recurso deberá expresar el siguiente **contenido**:

- El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.

- Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

En el art. 115.2 nos dice que “*el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*”. Para finalizar en el 115.3 afirmando que “*los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado*”.

2. LA REVISIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: POSIBILIDADES.

La revisión de los actos administrativos puede tener lugar **en virtud de recurso o bien a iniciativa de la propia Administración**. Esta es la revisión de oficio, que puede tener lugar por diferentes causas, de legalidad o de oportunidad; puede afectar a actos favorables (en algunos casos) y a actos de gravamen, y pueden tener por objeto actos nulos de pleno derecho y actos anulables.

En los comienzos del DA, y a falta de dogmática propia, para resolver el problema por el cual la Administración manifestaba interés en revocar un acto administrativo (bien porque el acto adoptado ya no responde al interés público, o porque las circunstancias han variado, o porque el resultado esperado cuando se dictó el acto no se ha cumplido, o sencillamente porque es ilegal), dicho ordenamiento acudió a las reglas del Derecho civil, en concreto a la **teoría de los actos propios**, considerándose que la Administración, como sujeto de una relación jurídica creada por sus propios actos, no podía contradecirlos “*mediante actuaciones posteriores de signo contrario*”, a no ser que la ley le permitiese reservarse esta facultad. En consecuencia, si la Administración decidía revisar un acto propio debía acudir a los Tribunales, previa declaración de lesividad del acto (el acto provocaba una lesión, jurídica o económica, a los intereses generales).

Sin embargo, como la doctrina civilista de los actos propios se acomodaba mal a las relaciones de Derecho público, pronto empezó a abrirse la posibilidad de que la Administración pudiese revisar sus propios actos en calidad de prerrogativa concedida por la Ley. Este privilegio empieza con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (permitía la revisión de oficio tanto de actos como anulables), continuó con la Ley 30/1992 y ha continuado con la regulación que le dedica la LPACAP.

A la luz de la legislación, las posibilidades de revisión de los actos por la Administración son:

- **Si el acto es nulo de pleno derecho**, se considera que es una infracción del ordenamiento tan grave que permite su revisión unilateral por la Administración, de oficio o a instancia de parte. Este procedimiento se conoce como revisión de oficio, en el que **prevalece el principio de legalidad**.
- **Si el acto es anulable**, la Administración puede iniciar un procedimiento de revisión denominado declaración de lesividad, que exige posteriormente una ratificación judicial. Aquí **prevalece el principio de seguridad jurídica**.
- **Si el acto es favorable y válido** (concesión de una licencia de pesca o de taxi), la Administración en principio no puede revisarlo libremente, si bien la Jurisprudencia permite que lo haga por razones de oportunidad debidamente justificadas, revocándolo de oficio, exigiendo en este caso que se indemnice al particular por la privación de su derecho (se trata de la expropiación del derecho del interesado, por motivos de utilidad social). Aquí **prevalece el principio de confianza legítima**.
- **Si el acto es de gravamen**, la Administración puede revocarle libremente en cualquier momento, con algunas excepciones. (Tema 23)

El propio ciudadano también puede contribuir al control de la actividad administrativa a través de las siguientes instituciones:

- Reclamación de la **responsabilidad patrimonial** por el mal funcionamiento de la Administración.
- **Queja por retrasos administrativos** o por la **defectuosa calidad de los servicios públicos** (art 76.2).
- Interposición de recursos administrativos (art. 112). Alzada, Reposición o Extraordinario de Revisión.
- Otras fórmulas de solución de controversias como el **arbitraje**, la **conciliación** o la **mediación**.

A la luz de la legislación, las posibilidades de revisión de los actos por la Administración son:

3. EL RECURSO DE ALZADA.

A tenor de lo dispuesto en el art. 112 LPACAP, “*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 47 y 48 de esta Ley*”.

Procede sólo contra actos que no hayan agotado la vía administrativa, estableciendo el art. 114 que **ponen fin a la vía administrativa**:

- a) Las resoluciones de los recursos de alzada.
- b) Las resoluciones de los procedimientos a que se refiere el artículo 112.2.
- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- d) Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.
- e) La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive.
- f) La resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el artículo 90.4.
- g) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

En definitiva, si el acto no pone fin a la vía administrativa es preceptivo la interposición previa del recurso de alzada para poder acudir más tarde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ocurriendo lo mismo con las **disposiciones administrativas de carácter general** (reglamentos) contra las que no cabe recurso en vía administrativa (art. 112.3).

4. EL RECURSO DE REPOSICION.

Según el art. 123 podrán ser recurridos **potestativamente** en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser, pero no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

5. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.

A tenor del art. 125, contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en **error de hecho**, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
- b) Que aparezcan **documentos de valor esencial** para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.
- c) Que en la resolución hayan **influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme**, anterior o posterior a aquella resolución.
- d) 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**.

6. EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACION Y RESOLUCION DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

Recurso de alzada (art. 122).

El plazo para su **interposición** será de **un mes**, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

Si el acto no fuera expreso el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 3 meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso salvo en el supuesto previsto en el art. 24.1.

Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los casos establecidos en el artículo 125.1.

La **resolución expresa** puede contener:

- **Estimación del recurso** (se aceptan todas las pretensiones del recurrente).
- **Estimación parcial del recurso** (se aceptan algunas pretensiones del recurrente).
- **Desestimación del recurso** (no se acepta ninguna pretensión).
- **Inadmisión del recurso** (se declara inadmisible por alguna razón concreta, porque el recurso fue presentado fuera de plazo, porque no existe legitimación para interponerlo, etc.). En este caso la Administración no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino que se abstiene de resolver.

Recurso de reposición (art. 124).

El plazo para la **interposición** del recurso de reposición será de **un mes**, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

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.

Recurso extraordinario de revisión.

El plazo de interposición del recurso varía en función de la causa tasada en el art. 125 que lo motiva. Si es la primera, el plazo será de **cuatro años** desde que se notificó el acto impugnado, y para el resto, **tres meses**, a contar desde que se tuviera conocimiento de los datos respectivos.

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 art. 125 o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.

El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre su procedencia sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

Transcurrido el plazo de **tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión** sin haberse dictado y notificado la resolución se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 23

LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. REVISIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. REVOCACIÓN DE ACTOS DE GRAVAMEN. RECTIFICACIONES DE LOS ERRORES MATERIALES, DE HECHO Y ARITMÉTICOS. DECLARACIÓN Y RECURSO DE LESIVIDAD.

1. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Vimos en el Tema 22 la posibilidad de que la Administración revise de oficio sus propios actos, siendo una **potestad administrativa**, exponente de las prerrogativas o privilegios de la Administración, la cual, en los casos y con los requisitos que veremos a continuación, **no acudirá al Juez** para destruir una situación jurídica preexistente, sino que puede hacerla por sí misma.

En resumidas cuentas, puede eliminar o invalidar un acto administrativo privándole de sus efectos. Siendo un privilegio, realmente es una habilitación para ir en contra de sus propios actos sin necesidad de intervención judicial y aunque no haya solicitud de interesado alguno.

Y junto a esta revisión de oficio de actos y reglamentos incursos en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del art. 47, las Administraciones Públicas pueden proceder de oficio revocando sus propios actos; pero si los actos son anulables la revisión se lleva a cabo por el Poder Judicial.

2. REVISION DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Al amparo del art. 106.1 LPACAP, es un supuesto de revisión que tienen lugar exclusivamente por razones de legalidad y que sólo es aplicable a los actos nulos de pleno derecho y a los reglamentos o disposiciones de carácter general ilegales (art. 47). Mediante este procedimiento, la Administración puede anular por sí misma actos nulos de pleno derecho, ya sea **por iniciativa propia o a solicitud del interesado**.

Una de las peculiaridades de este procedimiento es que la revisión puede ejercerse en cualquier momento (art. 106.1), es decir, sin límite de plazo, consecuencia de la **imprescriptibilidad de los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho**. Lo que no significa que las facultades de revisión de oficio carezcan de todo límite en el tiempo. Es significativo, por ejemplo, que a diferencia de esa regla, la **Jurisprudencia comunitaria** insista en que estas potestades revocatorias de los actos nulos (los llama inexistentes) sólo pueden ejercerse en un **plazo razonable**.

En el ámbito estatal (art. 111), serán **competentes para la revisión de oficio** de las disposiciones y los actos administrativos nulos y anulables:

a) El Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y disposiciones y de los actos y disposiciones dictados por los Ministros.

b) En la Administración General del Estado:

* Los Ministros, respecto de los actos y disposiciones de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado.

* Los Secretarios de Estado, respecto de los actos y disposiciones dictados por los órganos directivos de ellos dependientes.

c) En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado:

* Los órganos a los que estén adscritos los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por el máximo órgano rector de éstos.

* Los máximos órganos rectores de los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por los órganos de ellos dependientes.

La **iniciación del procedimiento** se produce de oficio por la propia Administración, o también a instancia del particular, el cual debe presentar un escrito que recibe el nombre de **acción de nulidad o reclamación de nulidad de pleno derecho**, que debe cumplir los requisitos generales en relación a las solicitudes de iniciación. El objeto de dicho procedimiento es la **declaración de nulidad de actos definitivos** (no de trámite) que hayan agotado la vía administrativa.

En cuanto al **procedimiento de revisión**, presenta dos especialidades:

a) La primera es un trámite preliminar de admisión, por el que el órgano competente para resolver puede **inadmitir la acción de nulidad** presentada a instancia de parte cuando no se base en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, cuando carezca manifiestamente de fundamento y cuando ya se hubieran desestimado con anterioridad otras solicitudes sustancialmente iguales. Este trámite de admisión se dirige a reducir el número de procedimientos en tramitación, evitando que los particulares abusen de esta vía de impugnación.

b) La segunda especialidad que establece la Ley es la de exigir el **dictamen, preceptivo y vinculante del Consejo de Estado o Consejo consultivo de la correspondiente CCAA**, de manera que si el Alto órgano consultivo dictamina en sentido negativo, la Administración no podrá declarar el acto nulo.

El art. 106.4 permite que la nulidad declarada pueda reconocer las **indemnizaciones** que procedan a favor de los interesados, siempre que el daño alegado sea efectivo y evaluable económicoamente.

El procedimiento iniciado a instancia de parte finaliza mediante **resolución expresa** de la Administración declarando la nulidad, los efectos de declaración serán "ex tunc" (retroactivos), eliminándose el acto administrativo como si nunca hubiera llegado a existir, por lo que llegarán a ser inválidas todas las consecuencias y efectos directamente enlazados al acto eliminado. Si la resolución es presunta por haber transcurrido tres meses sin notificación, los efectos de la misma serán desestimatorios por silencio negativo cuando el procedimiento se inició a instancia de parte. Y si se inició de oficio por la Administración, se producirá la caducidad del expediente. **Tanto la desestimación expresa como la presunta agotan la vía administrativa**, por lo que el interesado podrá impugnarla ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por otro lado el art. 110 establece que las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, buena fe, derechos de los particulares o las leyes.

La potestad revisoria no está sujeta a un plazo máximo de ejercicio pues según el art. 106 puede ser ejercida en cualquier momento, lo que podría privar al ciudadano de un derecho adquirido incluso por sentencia firme vulnerando el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Por ello y a la vista del art. 107 respecto a la lesividad de los actos anulables, podemos estimar que el tiempo transcurrido debe ser superior a 4 años.

3. REVOCACION DE ACTOS DE GRAVAMEN.

Se habla de revocación, para diferenciarla de la nulidad y de la declaración de lesividad, cuando la Administración revisa, extingue o sustituye un acto administrativo por **motivos** que pueden ser **de legalidad o de oportunidad**. Comprende una variada tipología.

A) **Revocación de los actos gravamen.** Según el cual 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. Por lo tanto, y en confrontación con los actos favorables, este precepto se refiere exclusivamente a la revocabilidad de los actos de gravamen. Sin embargo esta idea debe matizarse ya que la Administración no puede en estos casos dictar una resolución ilegal, por más que beneficie al interesado, y menos aún dispensar un trato de favor injustificado, o adoptar decisiones contra el interés público. Por tanto, la revocación puede acordarse por **motivos de legalidad** (ya sea el acto nulo de pleno derecho o anulable, por ejemplo, la imposición de una multa ilegal), o puede deberse a **motivos de oportunidad**, pero siempre que no sea una decisión ilegal (así, la Agencia tributaria decide revocar sanciones para que los contribuyentes se adapten a un nuevo plan de solidaridad fiscal).

Esta potestad de revocación puede ejercerse **sin límite temporal** y mediante un procedimiento ordinario **iniciado de oficio**, ya que **no existe un derecho a exigir la revocación**, incluso si se funda en motivos de legalidad. Si así fuera, la revocación de los actos desfavorables se convertiría en una especie de recurso administrativo sin límite de plazo, consecuencia no prevista.

Naturalmente en el procedimiento debe darse **audiencia a los interesados** en los términos de la LPACAP (art. 82), que no establece un plazo máximo para la tramitación del procedimiento, por lo que debe aplicarse el general de tres meses, siempre que no trascorra el plazo de prescripción.

B) **Revocación de actos favorables.** A pesar de la regla de irrevocabilidad que acabamos de ver, la revocación de los actos favorables por **motivos distintos de legalidad** es posible también en algunos casos previstos en leyes y disposiciones sectoriales (autorizaciones, concesiones y subvenciones), para lo cual la Administración debe contar con la correspondiente habilitación:

- Una causa de revocación sería la **peticIÓN DEL INTERESADO**, ya obedezca a razones de fuerza mayor o al interés en mejorar las condiciones del acto favorable (concesiones de aguas).
- Un segundo supuesto es el de la **aparición de circunstancias sobrevenidas** que hagan ineficaz el acto (aparición de situaciones de necesidad como sequías o situaciones hidrológicas extremas que hacen necesaria la revisión de la autorización de vertidos), no siendo, en principio, indemnizable la revocación.
- También puede producirse la **revocación en los supuestos de la llamada "revocación – sanción"**, como sanción jurídica ante el incumplimiento de las obligaciones por el interesado (autorizaciones de vertido).
- A las causas citadas hay que añadir entre otras, el **cambio de criterio de la Administración** o la aprobación de normas o planes incompatibles con los derechos otorgados a los titulares por actos favorables previos. Aquí existe una auténtica expropiación de los derechos, por que la Administración debe seguir el cauce procedural regulado en la Ley de Expropiación Forzosa (por ejemplo, revocación de licencias o concesiones administrativas).

4. RECTIFICACIONES DE LOS ERRORES MATERIALES, DE HECHO Y ARITMETICOS.

El art. 109.2 LPACAP permite también a las AAPP “rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”. No se trata de un supuesto de revisión o revocación, sino sólo de eliminar errores fácticos del contenido del acto.

La doctrina entiende que es preciso evitar que, al hilo de una supuesta rectificación de errores materiales, se pretenda en realidad revisar de oficio el contenido de un acto administrativo. Por ello la Jurisprudencia, viene adoptando una **interpretación muy estricta del concepto de errores materiales**, entendiendo por tales sólo los manifiestos, ostensibles e indiscutibles sin necesidad de mayores razonamientos, que se exteriorizan por su sola contemplación y se refieren a simples equivocaciones de nombres, fechas, operaciones aritméticas, cifras o transcripciones de documentos y su rectificación no implica en ningún caso nuevas valoraciones o calificaciones jurídicas (por ejemplo, un cálculo incorrecto de la media de un expediente de bachillerato que reduce la puntuación para acceder a la carrera universitaria elegida).

5. DECLARACION Y RECURSO DE LESIVIDAD.

Se trata de un mecanismo con que cuenta la Administración para proponer a los órganos jurisdiccionales la anulación de un acto administrativo favorable que haya **agotado la vía administrativa, adolezca de vicios de anulabilidad** (art. 48) y **no hayan pasado 4 años** (art. 107). Por lo tanto:

- El procedimiento **sólo puede iniciarse de oficio**, ya que no cabe que un particular ejerza una acción o interponga una reclamación contra un acto de la Administración que le beneficia.
- El procedimiento **sólo procede para anular actos favorables que agoten la vía administrativa**, porque si la Administración desea eliminar un acto desfavorable o de gravamen, utilizará el procedimiento de revocación directa, conforme al art. 105 mencionado.
- La **anulación del acto no se alcanza en la vía administrativa** porque sólo tiene naturaleza administrativa la declaración de lesividad del acto, concluyendo ésta mediante una resolución que tan solo habilita a la Administración para interponer un recurso contencioso-administrativo contra el acto que pretende anular (aquí, la Administración actúa como demandante y demandada). La Sentencia judicial correspondiente, recaída en un proceso que también llamamos de lesividad, será la que decida la anulación del acto. Como observamos, la **revisión no es administrativa** (como en los casos de nulidad y revocación), **sino judicial**. Con esta retención judicial del asunto se persigue incrementar las garantías de los particulares, evitando que la propia Administración pueda anular por sí misma los actos favorables que la perjudican, con las excepciones antes examinadas.

El procedimiento se inicia con una declaración de lesividad, acto administrativo formal por el que se declara lesivo para el interés público otro acto dictado por la misma Administración (la lesión puede invocarse ser económica, social, institucional, etc.). Sólo podrá declararse lesivos los actos definitivos, no los de trámite, correspondiendo su competencia a los mismos Órganos que declaran la revisión de oficio de los actos nulos.

La declaración de lesividad deberá resolverse como máximo en el **plazo de 4 años desde que el acto fue dictado** (trascurrido el mismo, el acto será inatacable). **El procedimiento tiene una duración máxima de 6 meses**, que de superarse provocaría caducidad. Y una vez declarada la lesividad, comienza el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo (2 meses) en los términos establecidos en la Ley 29/98, LJCA.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 24

LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA. MATERIAS Y ACTOS IMPUGNABLES E INTERESADOS. SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO. REPOSICIÓN POTESTATIVA, ALZADA Y REVISIÓN.

1. LA RECLAMACION ECONOMICO - ADMINISTRATIVA.

La reclamación económico - administrativa, como forma especial de la vía administrativa previa en materia fiscal, surgió en España con la llamada **Ley CAMACHO en 1881**. En 1890 se inicia la distinción entre actos de gestión y resolución de reclamaciones. Y sobre esta base se crean en **1924** los actuales **Tribunales Económico-Administrativos**, órganos de la Administración a quienes se encomienda como única tarea la resolución de esta clase de reclamaciones o recursos a través de un procedimiento especial. En la actualidad, esta materia, cuyo estudio pormenorizado corresponde al Derecho Tributario, se rige por la **Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), y por el Reglamento 520/2005**.

Las reclamaciones económico-administrativas son verdaderos recursos administrativos aunque de carácter especial por razón de la materia. **Los Tribunales Económico-Administrativos son órganos de la Administración**, cuyos titulares son funcionarios, no jueces. Y sus resoluciones son actos administrativos puros y simples, impugnables en último término ante el orden contencioso-administrativo. En definitiva, la vía económico-administrativa no es sino una réplica de la vía administrativa ordinaria y al igual que ésta, presupuesto previo para su impugnación jurisdiccional.

2. MATERIAS Y ACTOS IMPUGNABLES E INTERESADOS.

a) **Materias.** Lo económico-administrativo abarca no sólo la materia tributaria (estatal) sino también otra serie de materias, afines al ramo de la Hacienda Pública, en su doble vertiente de ingresos y pagos a cargo del Tesoro. Se trata de actuaciones de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de ingresos públicos no tributarios, como serían los precios públicos en el ámbito estatal, las actuaciones relacionadas con la gestión del gasto, como reconocimiento y liquidación de obligaciones del Tesoro, órdenes de pago, reconocimiento y pago de pensiones, etc.

La materia económico-tributaria comprende según el art. 226 de la LGT:

- La aplicación de los tributos.
- La imposición de sanciones por la AGE y sus Entidades de Derecho público.
- La aplicación de los tributos estatales cedidos a las CCAA y la de los recargos establecidos por éstas sobre los tributos estatales, así como las sanciones correspondientes a aquéllos y éstos.
- Cualesquiera otras cuestiones establecidas por precepto legal expreso

Quedan fuera de este ámbito, tanto la tributación autonómica propiamente dicha (tributos propios), como la local (con excepción en este último caso de los actos de la AGE que inciden en la gestión de los tributos locales, como son los relativos a la elaboración de los valores catastrales o de la matrícula del IAE).

A diferencia de lo que ocurre en la vía administrativa ordinaria, en la que sólo son impugnables los actos definitivos y los de trámite cualificados, en la vía económico-administrativa **es posible también la impugnación de ciertos actos provisionales y de trámite** (como liquidaciones provisionales, comprobación

de valores, etc.). En cambio **no son recurribles en esta vía los reglamentos**, aun en el supuesto de que versen sobre las materias enunciadas.

b) **Actos impugnables.** La LGT a la hora de analizar los actos de aplicación de los tributos que son susceptibles de reclamación económico-administrativa, enumera una lista de ellos, que no tienen carácter cerrado sino simplemente ejemplificativa. Los actos incluidos en esa larga lista son (art. 227.1):

- Las **liquidaciones provisionales y definitivas**.
- Las resoluciones derivadas de una solicitud de **rectificación de una autoliquidación** o de una comunicación de datos.
 - La **comprobación de valor** de renta, productos, bienes, derechos y gastos, así como los actos de fijación de valores, rendimientos y bases, cuando la normativa tributaria así lo establezca.
 - Los actos que **denieguen o reconozcan exenciones, beneficios** o incentivos fiscales.
 - Los actos que **aprueben o denieguen planes especiales de amortización** (Impuesto de Sociedades).
 - Los actos que establezcan el **régimen tributario aplicable a un obligado tributario concreto** (así, el acto que excluya la aplicación del régimen de estimación objetiva).
 - Los actos dictados en el **procedimiento de recaudación**.

El art. 227.2 añade como **actos reclamables en esta vía** los de imposición de sanciones y finalmente, aparecen otros actos fiscalizables que no proceden de la Administración, sino de los particulares, como son las obligaciones relativas a repercutir y soportar la repercusión, practicar y soportar retenciones o ingresos a cuenta, y expedir, entregar y rectificar facturas.

c) **Interesados.** La determinación de los interesados en este procedimiento especial sigue los principios generales del procedimiento administrativo común regulado en la LPACAP, y así la LGT reduce el círculo de los sujetos legitimados para recurrir a los siguientes:

- a) Los obligados tributarios y los presuntos infractores.
- b) Cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto tributario.

No se encuentran legitimados para recurrir:

- Los funcionarios y empleados públicos, salvo que el acto vulnere algún derecho que les esté reconocido.
- Los particulares cuando actúen por delegación de la Administración o como agentes o mandatarios de ella (así, los concesionarios de servicios públicos).
- Los denunciantes.
- Los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato.
- Los órganos que hayan dictado el acto impugnado.

3. SUSPENSION DEL ACTO IMPUGNADO.

Es sin duda una de las especialidades más sobresalientes de las reclamaciones económico-administrativas, si su régimen se le compara con el de los recursos administrativos en general. La LGT (art. 233) distingue los siguientes supuestos de suspensión en el Procedimiento en única o primera instancia:

a) **Suspensión automática**, que obliga al interesado a prestar determinadas garantías (como aval bancario solidario), o bien fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia (en la actualidad, para cuantías inferiores a 150.000€).

b) **Suspensión facultativa**, para aquellos casos en los que el obligado no pueda aportar las garantías anteriores, pero ofrezca otras (como una hipoteca) que sean consideradas suficientes por el Tribunal.

c) **Suspensión con dispensa total o parcial de garantías**: cuando se aprecie por el Tribunal que la ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación. Aunque la LGT configura esta posibilidad de suspensión facultad del Tribunal ("podrá", dice la norma), en la práctica si el interesado demuestra el efectivo riesgo de daños irrecuperables, la suspensión deberá ser acordada.

d) **Suspensión sin necesidad de garantías**: lo que tiene lugar cuando se aprecie que al dictar el acto se ha podido incurrir en un error aritmético, material o de hecho.

La suspensión examinada **deberá ser solicitada** y acordada más tarde por el Tribunal, a excepción de la impugnación de una sanción, en cuyo caso se producirá automáticamente la suspensión, sin necesidad de petición.

La deuda cuya ejecución ha sido suspendida devengará intereses de demora durante el tiempo que dure la suspensión, debiendo cubrir la garantía el importe de dichos intereses.

4. REPOSICIÓN POTESTATIVA, ALZADA Y REVISIÓN.

Recurso potestativo de reposición.

En el ámbito del Derecho tributario se da una especialidad consistente en la posibilidad de interponer, con carácter potestativo, el recurso de reposición, pero no como previo a la vía contencioso - administrativa, sino **previo a la vía económico-administrativa** (directa si al interesado no le interesa recurrir en reposición). Sólo procede contra actos que en materia tributaria dicten los órganos centrales de la AGE (Delegaciones de Hacienda, Agencia Estatal de Administración Tributaria, etc.), no siendo simultaneable recurrir en reposición (vía administrativa ordinaria) y en la vía económico-administrativa.

La competencia para tramitar y resolver el recurso corresponde al propio **órgano que dictó el acto impugnado**, pudiendo resolverse por delegación. La presentación del recurso deberá contener las alegaciones pertinentes, por lo que el sujeto podrá reclamar la **vista del expediente** durante el plazo de interposición (un mes). Y en cuanto al alcance de la revisión, el órgano administrativo examinará todas las cuestiones planteadas e incluso las no planteadas en el recurso, en cuyo caso estas últimas deberán ser puestas en conocimiento de los interesados para que puedan formular alegaciones.

Se aplica la regla de **suspensión automática** del acto que se recurre, solicitada en el escrito de interposición, con prestación de garantías. Y el **plazo máximo para resolver** es de un mes desde la presentación del recurso, trascurrido el mismo el recurrente podrá optar entre esperar la resolución expresa, o dar por desestimado el recurso a efectos de acudir a la vía económico-administrativa.

Recurso de alzada.

El recurso de alzada tiene aplicación sólo en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas al existir varios Tribunales Económico-Administrativos (Central, Regionales y Locales en Ceuta y Melilla) dispuestos en una estructura jerárquica. Existen dos clases de recursos de alzada:

- El **recurso ordinario** (art. 241 LGT), que se interpone ante el Tribunal Central (TEAC) contra las resoluciones en primera instancia de los Tribunales Regionales (TEAR) o Autonómicos, pero si el TEAR ha resuelto en única instancia, sólo cabe la revisión ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (Tribunal Superior de Justicia). El plazo de interposición de alzada es de un mes, debiendo contener el escrito de interposición las alegaciones y pruebas que no se hayan podido aportar en primera instancia. El plazo para resolver es de un año.
- **Recursos extraordinarios de alzada:** son dos recursos con ese carácter, uno ante el TEAC para la **unificación de criterio** (art. 242 LGT) (tiene por finalidad aclarar la doctrina vigente con el fin de evitar que los Tribunales inferiores se contagien), con un plazo de presentación de 3 meses y 6 para su resolución por el Tribunal Central; y otro para la **unificación de doctrina** (art. 243 LGT), con la finalidad de dar esplendor y fijeza a toda la doctrina económico-administrativa. Resuelve una Sala especial del TEAC. La Ley no señala plazo de interposición, pero sí de resolución, que será de seis meses.

Recurso extraordinario de revisión.

El art. 244 LGT regula el recurso extraordinario de revisión contra los actos firmes procedentes de los Tribunales Económico-Administrativos, y en virtud de una serie de **causas tasadas** (aparición de nuevos documentos, que los esenciales para resolver se hayan declarados falsos, que la resolución haya sido dictada mediante prevaricación, cohecho u otra conducta punible, etc.). Es competente para resolver el TEAC, el recurso se impondrá en el **plazo de 3 meses** a contar desde el conocimiento de los documentos a desde la firmeza de la Sentencia judicial, y el **plazo para su resolución será de seis meses.**

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 25

LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA A LAS VÍAS JURISDICCIONALES CIVIL Y LABORAL. ORIGEN Y EVOLUCIÓN. COMO PRESUPUESTO PROCESAL. COMO ACTO DE CONCILIACIÓN. COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. LA RECLAMACIÓN LABORAL PREVIA DEL PERSONAL NO FUNCIONARIO DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR.

1. LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA PREVIA A LAS VÍAS JURISDICCIONALES CIVIL Y LABORAL. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.

La exigencia de un planteamiento o reclamación previa de los particulares para poder emplazar a la Administración ante la Jurisdicción civil arranca de una **Orden ministerial de 9 de Junio de 1847** donde se acordaba que los intereses del Estado no podían controvertirse sin que previamente se hubiera resuelto el asunto en vía gubernativa. La Orden citada asimilaba la reclamación previa a un beneficio o ventaja muy parecida al **acto de conciliación**, que posteriormente reguló la vieja **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**.

Como afirma **GARCIA DE ENTERRÍA**, la historia de la reclamación previa a la vía judicial civil está llena de conflictos y con otras finalidades encubiertas distintas de su configuración inicial como acto conciliatorio.

a) La más importante de las finalidades encubiertas, más allá de la regulación inicial, consiste en su configuración como un auténtico **privilegio de la Administración** cuando va a ser demandada ante la Jurisdicción civil. Y es en la Orden de 1847 cuando se constata este privilegio o prerrogativa al afirmar que si la Administración no contestare (silencio administrativo) a dicha reclamación, el particular no podía acudir a la Jurisdicción civil, prohibición que desaparece más tarde, señalándose un plazo de silencio administrativo de cuatro meses, pasado el cual el particular ya podía acudir a la vía judicial.

b) Y aunque existen otras finalidades de menor rango, sigue conservando su carácter inicial de privilegio de las AAPP, destacándose en la actualidad una **triple naturaleza**: como presupuesto procesal, como figura análoga al acto de conciliación y como procedimiento administrativo especial.

c) El **Tribunal Constitucional**, cuando se ha planteado la posible conciliación o no, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), se ha pronunciado en sentido favorable por entender que **la reclamación previa cumple con la función de poner en conocimiento de la Administración demandada el contenido y fundamento** de dicha pretensión para facilitar su defensa ante la Jurisdicción.

2. COMO PRESUPUESTO PROCESAL.

La reclamación previa constituía una auténtico presupuesto procesal (sin aquella no hay procedimiento judicial), como ponía de manifiesto el art. 120 LRJAP y PAC cuando se exigía en aquellos escenarios en los que la Administración actuaba como un particular, desprovista de su “imperium”.

La LPACAP ha suprimido esta reclamación previa al ejercicio de acciones civiles y laborales, como se pone de relieve en su propia Exposición de Motivos, dada su escasa utilidad. No obstante, debemos destacar que sigue siendo necesario agotar la vía previa administrativa antes de acudir a los Tribunales cuando se trate, por ejemplo, de reclamar los salarios de tramitación.

Es curioso examinar, como dice **GARCIA DE ENTERRÍA**, cuáles son las consecuencias que se deducen de una falta de reclamación previa. El autor afirma que esta posible falta de correspondencia entre reclamación y demanda judicial es la misma que se produce entre el procedimiento administrativo ordinario y el acto que

pone fin al mismo, en relación con el posterior recurso contencioso-administrativo. Esta idea fue interpretada por el TS (STS de 1961) en el sentido de que la correspondencia o correlación no debía ser planteada en términos de absoluta identidad sino sólo **de conformidad con el fondo del asunto** (el requisito de la reclamación previa, dice la referida Sentencia, debe considerarse cumplido cuando es “*sustancialmente conforme con la demanda judicial formulada, sin que de ésta surjan cuestiones distintas ni desconectadas con la reclamación gubernativa*”). La reclamación previa estaba llamada a hacer posible un conocimiento anticipado por la Administración del objeto del litigio.

Por otro lado, la Jurisprudencia se niega sistemáticamente a admitir la posibilidad de que el Juez no admite a trámite una demanda si no se ha formulado reclamación previa. Y ello explica que los Tribunales civiles han venido acostumbrando a tratar la falta de reclamación previa como algo subsanable en cualquier momento de litigio, como sucede con el acto de conciliación no celebrado a tiempo, ya que la Ley no sanciona esa infracción con nulidad de actuaciones, como afirma otra STS de 1961. En este mismo sentido se manifiesta la Jurisprudencia constitucional.

3. COMO ACTO DE CONCILIACION.

La mayor parte de las explicaciones que históricamente se dieron en torno a la reclamación previa fueron su identificación con el acto de conciliación, a la que se oponen **CLAVERO** y **SANTAMARIA PASTOR**.

La reclamación previa es un procedimiento administrativo de carácter especial, siendo la Administración parte en el conflicto y la llamada a decidir sobre ella, a diferencia de lo que ocurre en el acto de conciliación que es, en opinión de **JAIIME GUASP**, un auténtico proceso, que se plantea ante y se resuelve por órganos judiciales.

A dicha asimilación se opone también la naturaleza transaccional (negocial) de la conciliación, lo que no puede predicarse de la reclamación previa, ya que ésta ha de resolverse en Derecho y no por la vía negociadora. Y asimismo, incompatible con la naturaleza de la conciliación es también el carácter unilateral de la reclamación previa, que solo es requerida en los pleitos en que la Administración haya de comparecer como demandada, no en aquéllos en que actúe como demandante, según **SANTAMARIA PASTOR**.

Como opina **GARCIA DE ENTERRÍA**, el planteamiento jurídico-formal resulta demasiado rígido. La reclamación previa es un procedimiento administrativo y al mismo tiempo un presupuesto procesal, pero no cuenta con una regulación completa en la Ley, lo que obliga a resolver, por vía de la **analogía**, los problemas concretos que su exigencia plantea.

Y es así como entra en juego el acto de conciliación, no porque la reclamación previa tenga este carácter, sino más bien, sean cuales sean las diferencias entre ambas figuras, es notoria su semejanza, e igualmente resulte evidente que la una sustituye a la otra, supuesta la identidad de fines. Esta es la postura mantenida por la **Jurisprudencia del TS** cuando afirma que la reclamación previa no es una réplica pura y simple del acto de conciliación, sino un **presupuesto procesal** al que, en caso de laguna legal, se le aplican por analogía algunas de las reglas de aquél.

4. COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL.

Las reclamaciones previas en la vía civil o laboral han dejado de ser obligatorias.

Hasta la entrada en vigor de la LPACAP, constituían un procedimiento administrativo especial regulado en la Ley 30/92 de RJAP y PAC, que establecía que la reclamación en vía administrativa era requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en Derecho privado o, laboral contra cualquier Administración pública, salvo los supuestos en que dicho requisito estuviese exceptuado por una disposición con rango de ley.

5. LA RECLAMACION LABORAL PREVIA DEL PERSONAL NO FUNCIONARIO DE LA ADMINISTRACION MILITAR.

Las reclamaciones que formule el personal civil no funcionario al servicio de la Administración militar se regirán por sus disposiciones específicas. La normativa vigente se encuentra en el **RD 2205/1980, de 13 de Junio, sobre las Relaciones de trabajo del personal civil no funcionario destinado en Fábricas y Establecimientos militares**, que regula un régimen de reclamación peculiar en razón a los intereses de la Defensa nacional. El citado Reglamento contempla dos procedimientos diferentes de reclamación:

a) **Reclamación en vía administrativa ante la Administración militar**, que asumirá la posición jurídica de Autoridad laboral. Esta reclamación escrita se interpone por el personal laboral en relación a su contrato de trabajo en el plazo de 20 días desde la realización del hecho o de la notificación o publicación del acuerdo. El procedimiento se tramita por un instructor nombrado por la Jefatura del Establecimiento y el expediente, con la propuesta de resolución, es puesto en conocimiento del trabajador para que formule alegaciones en el plazo de tres días, adoptándose la resolución por el Director de Servicios (actualmente Dirección de Personal), previo informe de la Sección laboral. Contra esta resolución el trabajador podrá formular recurso de alzada ante el Ministro de Defensa en el plazo de 20 días, quedando expedita en su caso, la vía contencioso-administrativa.

b) **Reclamación en vía jurisdiccional**: aunque las resoluciones de la Autoridad militar en materia laboral son ejecutivas, el personal laboral (que desiste de acudir a la vía contencioso administrativa) puede formular una reclamación ante el Órgano jurisdiccional competente del Orden Social (Magistratura de lo Social), a partir de los 20 días de la notificación de la resolución expresa tomada en la vía administrativa. El Ministerio de Defensa deberá remitir al Juzgado de lo Social el expediente, tramitándose el mismo conforme a la **Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social**, con algunas peculiaridades derivadas del secreto y reserva de la actividad militar, como por ejemplo, no podrá practicarse diligencia alguna dentro de los recintos militares, buques o aeronaves de guerra sin el previo conocimiento de la autoridad militar, que podrá denegarlas si entendiera que existen razones para ello. La Sentencia de la Jurisdicción Social se notificará al Ministerio de Defensa para cumplimiento, salvo que estime el mismo que dicho cumplimiento, en cuanto a las motivaciones de contenido no económico, puedan resultar perjudiciales para el interés de la Defensa nacional, en cuyo caso dictará la correspondiente resolución en ese sentido, contra la que no cabrá recurso alguno. En este caso, el trabajador tendrá derecho a una indemnización sustitutoria que, tratándose de extinción del contrato de trabajo, será la que corresponda al supuesto de **despido improcedente**.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 26

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. CLASES DE PROCEDIMIENTOS. PROCEDIMIENTOS ORDINARIO Y ABREVIADO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. RECURSOS.

1. LA JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA.

No todos los países cuentan con un orden judicial especializado en asuntos de DA. La jurisdicción contencioso-administrativa es una institución peculiar de aquellos Estados del continente europeo que se acogieron al sistema de "*regime administratif*" francés, en los países de régimen anglosajón no existe DA y la Administración es emplazada judicialmente en la vía ordinaria, del mismo modo que los ciudadanos. El nuevo sistema **se implanta en España en 1845**, se organiza posteriormente como instancia superior dotada de jurisdicción, en torno al Consejo de Estado, con la entrada en vigor la **Ley de SANTAMARIA DE PAREDES de 1888** y ya, a mediados del Siglo XX, se afianza definitivamente, con muy buena factura técnico-procesal, y como orden judicial especializado, por una **Ley del año 1956**.

La Jurisdicción contencioso-administrativa se rige en la actualidad por **Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)**, heredera de la de 1956. El nuevo texto se adapta a los nuevos principios constitucionales, y supera el carácter revisor que esta jurisdicción tenía en la regulación anterior. El recurso se plantea ahora como una auténtica instancia judicial, es decir, como un procedimiento judicial ordinario, que permite a los Jueces y Tribunales de este orden conocer las pretensiones de los recurrentes aunque la Administración, en uso del silencio, no se haya pronunciado en la vía administrativa. En virtud de ello, los Jueces y Tribunales pueden obligar a la Administración a pronunciarse sobre el fondo del asunto e incluso a hacerla ellos mismos (en la sentencia) si la Administración sigue silenciando su opinión o criterio.

La Ley regula una serie de procedimientos y se complementa con la **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)** que establece la organización jurisdiccional, es decir, la estructura organizativa de la Jurisdicción contenciosa:

- En primer término existen unos órganos unipersonales denominados **Juzgados de los Contencioso Administrativo**, de ámbito provincial, aunque puede existir varios en la misma provincia. Pero también existen órganos unipersonales de carácter estatal, los **Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo**, a cargo de un Magistrado cada uno de ellos y con sede en Madrid.
- Además existen órganos de composición colegiada, como las **Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia** de las CCAA y la **Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional**.
- Por último, se culmina la estructura territorial con la **Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo del TS**, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, atribución exclusiva del TC.

2. EXTENSION Y LIMITES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA.

El ámbito de materias objeto del recurso contencioso-administrativo se determina en los arts. 1 y 2 LJCA, encuadradas del siguiente modo:

a) **Actos administrativos presuntamente ilegales**, expresos o presuntos, que hayan **agotado la vía administrativa y adquirido firmeza**. Pueden ser tanto actos definitivos, es decir, resoluciones administrativas, como los actos de trámite cualificados.

b) **Reglamentos y los Decretos-Legislativos**, sean del Estado o de las CCAA, cuando el Gobierno se exceda de los límites de la delegación (el legislador considera en este caso que son materias propias del Gobierno, es decir, reglamentos, y de ahí su enjuiciamiento por este orden judicial).

c) **Inactividad de la Administración**, la cual puede consistir en la falta de respuesta de la misma o en el incumplimiento de una obligación o prestación concreta a cargo de la Administración (tema 17).

d) **Actuaciones materiales de la Administración que sean constitutivas de vía de hecho** (mediante el recurso contencioso-administrativo, el recurrente solicita al Juzgado o Tribunal que ordene el cese de la ejecución material, se restablezca su situación jurídica y se le indemnice).

Los apartados *a* y *b* amplían la extensión de esta Jurisdicción a las materias siguientes:

- La protección jurisdiccional de los **derechos fundamentales y libertades públicas**.
- Los **contratos del sector público**.
- Los actos y disposiciones de la **Administración corporativa** (como los Colegios profesionales).
- La **responsabilidad patrimonial de la Administración**.
- El **resto de asuntos** que una ley le atribuya expresamente.

Por otra parte existe una segunda ampliación respecto a determinadas materias administrativas desarrolladas por órganos no sujetos al DA, sino a otros ordenamientos distintos. Estas materias son:

- Los actos y disposiciones en **materia de personal, administración y gestión patrimonial** realizados por Órganos constitucionales (Cortes Generales y Parlamentos autonómicos, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, etc.).
- Los **actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial** y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales.
- La actuación de la **Administración electoral** en los términos señalados en la LOREG.
- Las **cuestiones prejudiciales o incidentales** no pertenecientes al orden administrativo y directamente relacionadas con el recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales. En estos casos, la resolución que se dicte por el Juzgado o Tribunal no producirá efectos fuera de ese proceso y por lo tanto, **no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente** (civil, social, mercantil, etc.). Como se trata de cuestiones que están directamente relacionadas con el recurso contencioso administrativo, el Juez o Tribunal no tiene más remedio que entrar a conocer de ellas como presupuesto necesario para decidir la validez o no del acto administrativo controvertido.

LIMITES. Por razones inversas a las comentadas, la Jurisdicción contencioso-administrativa tiene unos límites en su función al existir determinadas cuestiones que no pueden ser enjuiciadas por este orden jurisdiccional aunque estén relacionadas con las Administraciones Públicas:

- Las pretensiones **que se deduzcan contra los actos del Gobierno con fuerza de ley** (Decretos Leyes y Decretos Legislativos), cuya competencia es exclusiva del TC.
- Las cuestiones **expresamente asignadas a los órdenes penal, civil o social**, aunque estén relacionadas con la actividad de las Administraciones.

- El **recurso contencioso administrativo militar**, cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados y Tribunales militares, y en apelación a la Sala 5^a, de lo Militar, del TS.
- Los **conflictos de jurisdicción** entre los Juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo y la Administración (conflictos, positivos o negativos, que son resueltos por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, creado en 1987), y los **conflictos de atribuciones** entre órganos de una misma Administración resuelve el superior jerárquico).

3. CLASES DE PROCEDIMIENTOS.

La LJCA regula los procedimientos siguientes:

- Un **Procedimiento general** (o procedimiento ordinario) que examina la validez de los actos administrativos previos siempre que hayan agotado la vía administrativa.
- Un **Procedimiento abreviado**, que recae sobre cuestiones de personal al servicio de la Administración, extranjería, inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000€ y los recursos contra la inactividad de la Administración.
- Unos **procedimientos especiales**, a saber, el de **Protección de los Derechos fundamentales**, de carácter preferente y sumario, en aplicación del art. 53.2 CE, y la llamada **Cuestión de ilegalidad** (Si el Tribunal fuera competente para resolver un recurso directo contra un Reglamento, además de anular en la Sentencia el acto administrativo objeto del recurso (recurso indirecto), anula a su vez el Reglamento ilegal que permitió el acto recurrido).

4. PROCEDIMIENTOS ORDINARIO Y ABREVIADO DEL RECURSO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

El procedimiento ordinario en primera o única instancia, procedimiento más frecuente, se debe tramitar en todos aquellos casos en que, por razón de la cuantía o de la materia no proceda otro. Pero antes de comenzar el desarrollo del procedimiento, conviene hacer mención a las partes intervenientes.

Parte recurrente o demandante, que es la persona que combate en juicio la actividad administrativa, así como la propia Administración en el proceso de lesividad. El demandante ha de estar legitimado, es decir, ha de tener capacidad procesal en relación con el objeto del recurso. Si en un mismo proceso pueden deducirse por el demandante diferentes pretensiones en relación con un mismo acto o con varios actos, se produce en el mismo recurso la **acumulación de pretensiones**, salvo que el Letrado de la Administración de Justicia (antiguo Secretario Judicial) no estime pertinente la acumulación por falta de conexión directa entre ellas, en cuyo caso exigirá a la parte demandante que interponga por separado los diferentes recursos.

Parte demandada es la que se opone a las pretensiones del recurrente, condición que recae ante todo, en la Administración pública contra cuya actividad se dirige el recurso. Pueden ser **parte codemandada** y como tal deben ser emplazados, todas aquellas personas o entidades, públicas o privadas, cuyos derechos o intereses legítimos pudieran verse afectados por la estimación de las pretensiones del demandante (**compañías aseguradoras** de la Administración demandada en los casos en que se demanda responsabilidad patrimonial de aquélla, cubierta con una póliza de seguro). Las partes deben actuar a través de **Procuradores o Abogados**. Si el proceso se tramita ante un órgano unipersonal (Juzgado o Juzgado Central), las partes deben

estar asistidas por un Abogado y pueden conferir su representación a éste o a un Procurador, pero si se tramita por un órgano colegiado es obligada la representación del Procurador y la asistencia de Abogado. Las Administraciones públicas y los Órganos constitucionales son defendidos por el **Cuerpo de Abogados del Estado**, aunque también pueden nombrar otros Abogados y Procuradores que los defiendan y representen.

El recurso deberá interponerse por medio de un **escrito de interposición**, citando la disposición, acto, inactividad o actuación impugnada y solicitando que se tenga por interpuesto. El **plazo de interposición** será, en general, de 2 meses, a contar desde el día siguiente a la publicación del Reglamento o a la notificación o publicación de acto expreso. Interpuesto el recurso, el Letrado de la Administración de Justicia puede anunciarlo en el Boletín oficial correspondiente, y **deberá hacerlo si el recurso se ha iniciado por demanda**.

La Administración demandada es emplazada, llamada al proceso, cuando se le reclama el expediente, **y se entiende personada** en él mediante el envío del mismo. Recibido el expediente, el Juzgado o Sala puede declarar mediante auto y previa audiencia de las partes la **inadmisibilidad del recurso** cuando conste de modo inequívoco alguna de las causas de inadmisión, como la falta de competencia o jurisdicción del Juzgado o Tribunal, falta de legitimación del recurrente o haber caducado el plazo de interposición de recurso.

Concluidas las actuaciones mencionadas, **cuando el recurso no se ha iniciado ya por demanda**, el Letrado de la Administración de Justicia acordará entregar al recurrente el expediente para que formalice la demanda un plazo de 20 días, presentada la cual, se da traslado de la misma y del expediente a las partes demandadas para que contesten a la demanda en el mismo plazo.

Las partes **pueden pedir durante el proceso el recibimiento a prueba** (práctica de pruebas) en los escritos de demanda y contestación, así como pedir que se celebre **vista oral**, se presenten **conclusiones escritas** (plazo de 10 días), o que no se realice ninguno de estos trámites. Y una vez celebrada la vista o expuestas las conclusiones, si las ha habido, el Juez o Tribunal declarará el pleito **concluso para Sentencia**. Esta deberá dictarse en el plazo de **10 días** desde que el pleito se declara concluso, y si el Juez o Tribunal aprecia que no pueden cumplirse ese plazo, debe razonarlo y fijar una fecha posterior para dictar Sentencia.

La Sentencia es el modo normal de terminación del proceso. Consta de hechos, fundamentos de derecho y fallo, que deberá expresar el siguiente contenido:

- La **inadmisibilidad** del recurso en los casos del art. 69 de la Ley (falta de jurisdicción del Juzgado o Tribunal, interposición por persona incapaz, que recayera sobre cosa juzgada, etc.).
- La **desestimación del recurso**, que se produce cuando, por razones de fondo, se considera que la disposición, acto o la actuación se ajustan a Derecho.
- La **estimación del recurso**, que procede cuando, por el contrario, dicha actuación incurre en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 70). Si se estima, además, la pretensión de indemnizar daños y perjuicios, la Sentencia debe declarar el derecho a la reparación y el obligado a indemnizar.

Las Sentencias de inadmisibilidad o desestimatorias sólo producen efecto entre las partes. Por el contrario, las Sentencias que anulen una Disposición general o un acto producen efectos para todas las personas afectadas por uno u otro.

Además de la Sentencia, existen otras formas de terminación del procedimiento:

- El **desistimiento** o manifestación expresa de la voluntad del recurrente de renunciar a su pretensión, poniendo fin al proceso. No obstante, continúa el procedimiento si son varios los recurrentes y no todos desisten.
- El **allanamiento de los demandados**, que supone la aceptación expresa por éstos de las pretensiones del demandante.
- La **satisfacción extraprocesal**, la cual se produce cuando, interpuesto el recurso, la Administración reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones del recurrente.
- El **posible acuerdo entre las partes** (art. 77) en los procedimientos en primera o única instancia, a instancia del Juez/Tribunal, siempre que el juicio verse sobre materias susceptibles de transacción.

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Es una **innovación de la LJCA** motivada por la necesidad de acelerar la tramitación de los procedimientos, y directamente conectada a la creación de órganos unipersonales (Juzgados). Se trata de un procedimiento **ágil y sencillo** que, a diferencia del ordinario descansa en el **principio de oralidad**, como el proceso ante la Jurisdicción social en el que se inspira vagamente. Permite resolver en meses asuntos que antes se demoraban años. Las materias objeto de este procedimiento se expusieron en el epígrafe 3 del Tema.

5. RECURSOS.

CONTRAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y CONTRA RESOLUCIONES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

Tanto contra las providencias judiciales como contra las diligencias y decretos del Letrado de la Administración de Justicia podrá interponerse **recurso de reposición** en el plazo de cinco días. Y contra algunos autos dictados por los Juzgados y Juzgados Centrales en procesos de que conozcan en primera instancia, puede interponerse el **recurso de apelación**, cuya tramitación se ajusta a la apelación contra sentencias.

SENTENCIAS APELABLES:

- **Recurso de reposición**, contra providencias, autos y resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia en el plazo de cinco días.
- **Recurso de apelación**: contra las Sentencias de los Juzgados y Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, salvo que recaigan en asuntos de cuantía inferior a 30.000€, o en el contencioso electoral.
- **Recurso de casación**: Se trata de un recurso extraordinario ante la Sala 4^a del Tribunal Supremo, y que ha sido modificado por la LO 7/2015 suprimiéndose los motivos tasados para su interposición. Será el propio Tribunal quien decida si el recurso tiene o no interés casacional para formación de jurisprudencia. Por este motivo se han hecho desaparecer los recursos especiales de casación, **Recurso de casación para la unificación de la doctrina**, y **Recurso de casación en interés de ley**. A tenor de los previsto en el art. 86 serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del TS las Sentencias dictadas en un única instancia por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, las dictadas en única instancia o apelación por la sala correspondiente de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso de los TSJ de las CCAA. Además serán recurribles las resoluciones del Tribunal de Cuentas en los que caso que se establezca en función de la Ley Orgánica del citado

- Tribunal. No serán objeto de este recurso extraordinario las Sentencias dictadas para la protección del derecho fundamental de reunión y los procesos contencioso-electorales.
- **Recurso extraordinario de revisión, contra Sentencias firmes** de cualquiera de los órganos de la Jurisdicción (incluido el Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable), y por los mismos motivos que en otros órdenes jurisdiccionales (falsedad de documentos, condena por falso testimonio de testigos por declaraciones que sirvieron de fundamento a la Sentencia, Sentencia dictada en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta, y por último, aparición de documentos decisivos y retenidos por la parte favorecida).

APUNTES PREPARADOS POR EL CORONEL DE INTENDENCIA ESTANISLAO MARTIN CASARES. V.DICIEMBRE 2018

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 8

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LAS VERTIENTES OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PLURALIDAD Y TIPOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA ADMINISTRACIÓN Y LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL ESTADO COMO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y LA EMERGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Dice **GARRIDO FALLA** que la palabra administración deriva de las palabras latinas *ad manu strahere*, que implica una idea de gestión de asuntos o intereses ajenos. Cuando la gestión de esos intereses no es individual sino colectiva, aparece el concepto de Administración Pública. Definir qué es la Administración Pública no es tarea fácil. **EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA** nos ofrece un acercamiento a la misma partiendo del análisis del art. 103.1 de la CE:

- a) Es una **organización profesionalizada** (su personal deberá seleccionarse atendiendo a criterios de mérito y capacidad) integrada por una serie de entes o Administraciones públicas.
- b) La Administración gestiona los **intereses generales de la comunidad**: el interés general es un concepto abstracto que se diferencia de los intereses particulares y egoístas de los ciudadanos, tratándose más bien de intereses sociales que el Estado asume como propios.
- c) La Administración está **al servicio de la comunidad** y al gestionar esos intereses debe proceder con objetividad, no arbitrariamente. La arbitrariedad está prohibida en la actuación administrativa, como pone de relieve el propio art. 103.1 CE (“*la Administración sirve con objetividad los intereses generales...*”) y el art. 9.3, que extiende esa prohibición a todos los Poderes del Estado.
- d) Por último la Administración **debe actuar con eficacia**, para lo cual se le otorgan poderes y privilegios que le permiten satisfacer los susodichos intereses generales.

Definida la Administración Pública, debemos recordar que el Derecho es una norma, pero no cualquier norma. Es una regla de conducta, pero no cualquier regla. Se trata una regla, pero sancionada por el Poder público, lo que conlleva el posible ejercicio del poder coactivo del Estado. El Derecho existe para regular las relaciones sociales así como los posibles conflictos entre las personas de una comunidad, pero también las relaciones y conflictos entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Aparece así el Derecho Administrativo (DA) al que podemos definir en una primera aproximación como “**la disciplina jurídica integrada por una serie de principios y reglas (leyes y reglamentos) que regulan en esencia el ejercicio de las actividades necesarias para satisfacer los intereses generales**”.

2. LAS VERTIENTES OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En la configuración jurídica de la Administración pública los autores han tratado a lo largo de la historia de subrayar las vertientes, objetiva y subjetiva, que justifican su razón de ser:

- 1º) La **vertiente objetiva** atiende a la naturaleza y contenido de la actuación administrativa, considerando que la Administración desarrolla una función, la función administrativa, distinta de la

función política que corresponde al Gobierno, desagregada en una serie de actividades (de servicio público, de fomento, etc.) que justifican su existencia como Poder. Ese posicionamiento objetivo ha dado lugar a una de las diversas concepciones que existen en torno al DA, tal vez la más tradicional.

2º) La **vertiente subjetiva** examina la Administración, no por las actividades que desarrolla (servicios públicos) ni por su organización singular, sino por el dato de que la Administración es una persona jurídica, siendo esa personificación el requisito esencial para la construcción científica del DA. Esta es la tesis subjetivista expuesta por **GARCIA DE ENTERRIA** en 1961. El DA será entonces el Derecho propio de unos sujetos especiales denominados Administraciones públicas, razón por la cual el autor citado sostiene la naturaleza del DA como Derecho estatutario (como el Derecho mercantil en sus orígenes, destinado a regir exclusivamente las relaciones entre comerciantes).

3. PLURALIDAD Y TIPOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Aunque usemos la acepción genérica de Administración Pública, no existe una sino varias Administraciones Públicas. Esta pluralidad deriva de la propia CE que concibe un territorio plural en el que conviven la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las Provincias, los Municipios y otros entes públicos dotados de personalidad jurídica para el ejercicio de sus respectivas competencias (art. 137)

La pluralidad de AAPP queda reflejada en el art. 2.1 de la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)**, que considera como tales:

- La **Administración General del Estado**.
- Las **Administraciones de las Comunidades Autónomas**.
- Las Entidades que integran la **Administración Local**.
- El **Sector Público Institucional**, integrado por
 - a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
 - b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.
 - c) Las Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.

En este mismo artículo refleja que tienen la consideración de Administraciones Públicas la AGE, las Administraciones de las CCAA, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) anterior.

De igual forma cita que las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente LPACAP.

4. LA ADMINISTRACION Y LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO.

A efectos puramente descriptivos podemos afirmar que la Administración es el brazo ejecutor de los fines del Estado, es el propio Estado en acción, el Estado que interviene en numerosos ámbitos de la vida cotidiana

entablando relaciones jurídicas con otras personas, fundamentalmente con los ciudadanos. Por ello las relaciones de la Administración con el resto de los Poderes del Estado pueden examinarse de la forma siguiente:

a) El **Poder legislativo**, el Parlamento, no es evidentemente la Administración. En el Parlamento se plasma la voluntad popular derivada de los resultados electorales. Su función consiste en aprobar las Leyes y controlar al Gobierno, pero el Parlamento, que representa a los ciudadanos, no entabla normalmente relaciones con las personas físicas o jurídicas.

b) Tampoco el **Poder Judicial** se relaciona con los ciudadanos. La función de la Judicatura es aplicar el ordenamiento en los distintos ámbitos jurisdiccionales. En la **jurisdicción penal** (los Tribunales condenan o absuelven por la presunta comisión de delitos), en la **jurisdicción civil** (los Tribunales resuelven controversias entre particulares), y en la **jurisdicción contencioso administrativa** los Tribunales resuelven las pretensiones de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración y verifican la legalidad de las actuaciones de ésta. Luego queda claro que el Poder judicial tampoco es Administración.

c) Dejando al margen por el momento su relación con el Gobierno (épígrafe siguiente), conviene añadir que, respecto al resto de los órganos (no Poderes) constitucionales (Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial, etc.), éstos se rigen por el Derecho Constitucional, no por el Derecho Administrativo, si bien este ordenamiento regula la ineludible actividad administrativa de dichos órganos (como los actos de gestión patrimonial, contratación pública, nombramiento del personal laboral, etc.).

5. GOBIERNO Y ADMINISTRACION PÚBLICA.

El Título IV de la CE se titula **Del Gobierno y de la Administración**. El Gobierno, como dice el art. 97 de la CE, dirige la política general y la Administración (civil y militar), de lo que se deduce que el Gobierno es algo parcialmente distinto de la Administración (carecería de sentido decir que “*aquél dirige a ésta*”). Para aclarar conceptos, el Gobierno presenta un carácter dual: “*es Administración porque en él culmina la organización administrativa (los miembros del Gobierno son los Jefes de los departamentos ministeriales o Ministerios), pero no es sólo Administración*”, de esta afirmación se deriva una consecuencia importante: el Gobierno cuando no actúa como Administración, sino como órgano político, no está sometido al DA, mientras que cuando actúa como Administración está íntegramente sometido a dicho ordenamiento jurídico.

La Administración, como ha quedado reflejado, está a las órdenes del Gobierno, lo que supone el sometimiento a éste en su actuación, sujeción que en ningún caso debería suponer la pérdida de independencia de la Administración respecto al Poder político que representa el Gobierno. La burocracia administrativa debería permanecer intacta y alejada de las diversas ideologías políticas en juego.

6. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

El Estado social tiene su origen en la formación del Estado alemán del Siglo XX y a través de una serie de cambios en sus bases político-ideológicas, se llega a la constitución posterior de la **Economía social de mercado**. El Estado social es un sistema que propone fortalecer la prestación de los servicios públicos y garantizar a los ciudadanos sus derechos esenciales para poder participar como miembros plenos de su comunidad política. Esta denominación se incorpora posteriormente al concepto de “*Estado de Derecho*”, expresión que no se refiere a un Estado donde hay derecho (en todos los Estados y sociedades lo hay y no

todos los Estados son Estados de derecho). Esta denominación se identifica genéricamente con la Democracia y supone algo mucho más preciso, es decir, un Estado en el que se den las siguientes notas:

- El **imperio de la ley**, es decir, un Estado donde rige el **principio de legalidad**.
- El principio de **separación de Poderes** (epígrafe siguiente).
- El **respeto y las garantías de los derechos fundamentales**.
- El sometimiento de la Administración al **control del Poder judicial**

La expresión **Estado social y democrático de Derecho** aparece recogida, como bien sabemos, en el art. 1.1 de nuestro Texto constitucional.

7. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y LA EMERGENCIA DEL DA EN LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA.

El principio de división o separación de los Poderes del Estado, de origen inglés, fue formulado por **MONTESQUIEU**, y recogido ya en la **Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano** de 1789 quien afirmaba: “*toda sociedad que no asegure la garantía de los derechos ni determine la separación de los Poderes no tiene Constitución*”, añadiendo al respecto que “*el Poder ejecutivo no puede hacer ninguna Ley, sino ordenar o recordar su ejecución*”, y que “*el Poder judicial no puede, en ningún caso, ser ejercido por el Cuerpo legislativo ni por el Rey, ni los Tribunales inmiscuirse en el ejercicio de la función legislativa*”.

La implantación en España del principio de división de poderes, que es el que reina en cualquier Estado de Derecho, se recoge en España en la Constitución de 1812, que supuso para la Administración la retención de dos tipos de potestades incompatibles con una separación de poderes estricta:

- El ejercicio de **funciones normativas** de carácter reglamentario.
- El reconocimiento de **diversas formas de participación de la Administración en la función judicial**, como por ejemplo excluir de la jurisdicción ordinaria los litigios en los que fuera parte una Administración, para lo cual se creó un orden judicial especializado, la jurisdicción contencioso-administrativa; prohibir a los Jueces intervenir en los asuntos propios de la Administración Pública bajo pena de prevaricación; necesidad de recurrir previamente ante la Administración para acceder a la vía contencioso-administrativa; reconocimiento a la Administración de poder para ejecutar por sí misma sus decisiones sin necesidad de acudir al auxilio judicial.

La potestad normativa de la Administración actual, por medio de reglamentos, circulares, instrucciones, etc..., es de tal envergadura y extensión (basta con observar la proliferación de normas escritas procedentes de todas las Administraciones que aparecen a diario en los Boletines Oficiales) que autores ilustres como **KARL SCHMIT** hablan al respecto de **motorización legislativa** o de **jungla normativa**. En la actualidad la Administración está entrando a regular peligrosamente casi todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos y en ciertas áreas de la contratación mercantil se refleja su presencia constante, muchas veces por exigencias ineludibles de orden social (transportes, seguros, entidades financieras, etc.). Todo ello contrasta, paradójicamente, con lo que la doctrina denomina **huída del Derecho Administrativo**, es decir, la creación de entes interpuestos de naturaleza pública o privada pero sometidos al Derecho privado con el fin de eludir buena parte los rigurosos controles administrativos. Actuarán como una entidad privada más, sin privilegios; no son Administración pública, pero sí Sector público.

8. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El **principio de legalidad** cuyo cumplimiento exige a todos los Poderes del Estado el art. 9.1 de la CE, se reitera en particular para la Administración Pública en el art. 103.1 (*“con sometimiento pleno a la Ley y al derecho”*). La atribución a la Administración de las potestades administrativas no es sino un corolario de dicho principio, es decir, su sujeción al bloque jurídico o bloque de legalidad, que comprende el acatamiento no sólo a la CE y a las leyes, sino también a los reglamentos dictados por ella misma. La subordinación de la Administración a la ley en los términos de los preceptos constitucionales examinados (arts. 9.1 Y 103.1 CE), se incardina en lo que la doctrina alemana (seguida en España por **GARCIA DE ENTERRIA**) denomina **vinculación positiva**, en cuya virtud la Administración sólo puede actuar si una norma jurídica se lo permite (Ley o Reglamento).

En el orden administrativo el principio de legalidad queda reflejado en el art. 128.2 de la LPACAP (*“los Reglamentos no podrán vulnerar la Constitución ni las leyes, ni regular materias que la propia CE o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las CCAA”*), 128.3 (*“ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior”*) y 37 (**principio de inderogabilidad singular** plasmado de la forma siguiente: *“las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general”*). Si la Administración dictara actos en contra de la legalidad exigida, podrán ser **nulos** (art. 47) o **anulables** (art. 48) y previo el control interno de los mismos por la propia Administración a través de los recursos administrativos, podrán ser enjuiciados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y si los actos de la Administración atentaran contra los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 al 29 CE), el art. 53.2 CE prevé un **recurso contencioso-administrativo preferente y sumario** y posibilidad ulterior de acudir en **amparo ante el TC**.

9. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Definido el DA en el primer epígrafe, vamos a continuación a mostrar su contenido.

Pero antes conviene recordar que en DA no rige, en la mayoría de los casos, el **principio de autonomía de voluntad privada o posición de igualdad de las partes ante la ley**, por ocupar la Administración una posición de preeminencia o superioridad que queda reflejada en la atribución a la misma de privilegios o prerrogativas (como la posibilidad de modificar los contratos públicos, la revisión por la propia Administración de actos nulos por ella dictados, el principio *“solve e repete”* (paga y luego recurre), etc.), si bien estas facultades exorbitantes quedan compensadas por la necesidad de la Administración de cumplir con la legalidad (por ejemplo, no puede dictar actos administrativos sin observar un procedimiento para su elaboración, ni expropiar sin pagar la indemnización, ni nombrar funcionarios de carrera sin pruebas selectivas previas que denoten el mérito y capacidad, etc.).

Con respecto al contenido del DA, podemos afirmar con **GARRIDO FALLA** que su aplicación, a través de las leyes administrativas, se centra en el ejercicio de sus actividades generales (o los intereses generales del art. 103.1 CE): **actividad de control** (en la terminología clásica de “policía”), **actividad de fomento** (actuación administrativa de estímulo y promoción a los ciudadanos y a las empresas) y **actividad de servicio público**, que es la forma tradicional y típica de actuación de la Administración.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 9

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL ESTADO ESPAÑOL DESCENTRALIZADO. LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA Y AUTONOMÍA DEL ESTADO AUTONÓMICO. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN BÁSICO Y SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN COMPLEMENTARIO. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL. LA PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL. ENTES LOCALES Y NORMATIVA.

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL ESTADO ESPAÑOL DESCENTRALIZADO.

En nuestro actual sistema de fuentes, las CCAA no sólo son AAPP regidas por el DA sino también entidades políticas porque su estructura es similar a la del Estado: un **Parlamento** surgido de unas elecciones, un **Gobierno** del que depende su Administración y un **Poder judicial** aplicable en su ámbito territorial pero sujeto a resoluciones de otros órganos judiciales estatales (como el Tribunal Supremo), por lo que no se trata de poder judicial propio. Los constituyentes de 1978 adoptaron en el Título VIII un modelo de Estado descentralizado, poco definido y relativamente abierto, que ha sido denominado **Estado de las Autonomías** por la declaración solemne del **art. 2 CE**, reconociendo precisamente dicha autonomía. Nuestra organización jurídico-política descansa, como base o cimientos del edificio constitucional, en el citado art. 2: la Constitución “*se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles...*”, y decir se fundamenta es tanto como afirmar que ahí se encuentran los cimientos de dicho edificio constitucional tal como se desprende del art. 1.2 cuando afirma que “*la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los Poderes del Estado*”, y del art. 2, cuando proclama como principio básico la **solidaridad** entre las nacionalidades y regiones que integran la Nación española. El desarrollo del art. 2 se encuentra en el Título VIII de la CE en cuyo art. 137 se declara: “*El Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y en las CCAA que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses*”.

2. LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA Y AUTONOMÍA DEL ESTADO AUTONÓMICO.

El art. 2 de la CE reconoce y garantiza el derecho de acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones, una autonomía que puede ser muy profunda pues incluye la atribución de amplios poderes legislativos y ejecutivos sobre numerosas materias, junto con una autonomía financiera no desdeñable (arts. 156 y 157), que es casi plena para los territorios que se rigen por el **Concierto económico** (País Vasco y Navarra).

Consecuencia de esto es el dato de que las CCAA gestionan en la actualidad servicios públicos esenciales (educación y la sanidad), la ordenación del territorio, la protección administrativa del medio ambiente y un importante número de competencias en materias económicas (pesca, agricultura, transportes y comunicaciones, etc.). Por ello, el aparato administrativo autonómico es hoy mucho más voluminoso que el de la Administración del Estado, con un porcentaje de gasto público difícilmente soportable.

Ahora bien, como ha subrayado acertadamente el TC, **autonomía no es soberanía** sino que se refiere a un poder limitado y en ningún caso ese principio de autonomía puede oponerse al principio de unidad de la nación española. La soberanía se predica de los Estados federales y a las relaciones entre la Federación y los Estados miembros. Pero también el TC pone de relieve que la “*soberanía tiene sus límites*”, y más aún hoy en día en el marco de la Unión Europea.

Una parte de la doctrina, sobre la base de la construcción desde 1965 del llamado **federalismo asimétrico**, pretende trasladar sus caracteres al Estado de las Autonomías. El federalismo asimétrico es, en realidad, el resultado de aplicar en la práctica las normas constitucionales. En un Estado federal, como ocurre en el Estado de las Autonomías, no resulta igual un Estado (nacionalidad o región, en nuestro caso) mediano o pequeño que otro dotado de un enorme poderío económico, cultural y por ende, político. El modelo de **federalismo simétrico** sólo tiene sentido en un texto constitucional, porque difícilmente los Estados inferiores admitirán que se plasme en el texto como norma jurídica la desigualdad real y efectiva.

3. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Las CCAA se integran en la organización territorial del Estado (art. 137.1 CE). Su norma institucional básica está constituida por los **Estatutos de Autonomía**, que el Estado ampara como parte de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE). Son aprobados por las Cortes Generales mediante **Ley Orgánica** (art. 81 CE), y deben interpretarse conforme a la CE, junto a la que constituyen el **núcleo del bloque constitucional**.

El art. 147.2 dispone que deben contener “*la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias, las competencias asumidas dentro del marco constitucional y las bases para el traspaso de competencias de los servicios correspondientes a las mismas*” (aportaciones del Estado para hacerlas efectivas). En cuanto a las **Instituciones**, se reproduce a nivel menor el esquema tripartito estatal:

- **Asamblea legislativa** (Parlamento, Asamblea regional, etc.). Se elige para un período de 4 años en elecciones autonómicas mediante sufragio universal, libre, directo y secreto, siendo la provincia la circunscripción electoral. Ejerce las funciones legislativas, presupuestarias y de control del Gobierno autonómico, y eligen al Presidente de la Comunidad, nombrado por el Rey, que puede ser destituido si prosperara una moción de censura.
- **Gobierno de la Comunidad**, cuya similitud con el Gobierno de la Nación es alta. Su Presidente es elegido por la Asamblea y ejerce la representación del Estado en la CCAA respectiva. Además, ejerce el Poder ejecutivo, designa sus Consejeros autonómicos, ostenta la potestad reglamentaria, y aprueba los Decretos - legislativos por delegación del Parlamento.
- **Tribunal Superior de Justicia**: “*el Poder judicial es único en todo el Estado*” (art. 117 CE) y los Jueces y Magistrados de carrera forman un Cuerpo único (art. 122.1 CE), lo que no excluye que las CCAA ejerzan determinadas competencias en materia de Administración de justicia ni que esos Tribunales Superiores con sede en cada Comunidad sean la última instancia judicial en su territorio, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Tribunal Supremo.

En relación a los **controles sobre las CCAA**, el control sobre la constitucionalidad de las leyes autonómicas corresponde al TC, el control judicial sobre la actividad administrativa y reglamentaria corresponde a la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, y el control económico y presupuestario corresponde al Tribunal de Cuentas.

4. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: SISTEMA DE DISTRIBUCION BASICO Y SISTEMA DE DISTRIBUCION COMPLEMENTARIO.

La relación de las competencias autonómicas con el ordenamiento estatal plantea el problema del reparto del Poder político entre el Estado y las Comunidades Autónomas para cuya configuración fue clave en sus primeros años de andadura la participación intensa del TC.

Problema porque partimos de un Estado descentralizado en el que las CCAA tienen competencias normativas, no sólo reglamentarias, sino al máximo nivel que plasma la autonomía, es decir, al nivel legislativo: dictan Leyes aprobadas por sus respectivos Parlamentos, que “*son de aplicación preferente siempre que se dicten en el ámbito de sus respectivas competencias*”.

Estas **competencias** son, en primer lugar, las asumidas en sus respectivos Estatutos. En segundo lugar, las competencias que para ellas establece el **art. 148 CE**, las cuales no son de asunción obligatoria (las no asumidas voluntariamente, serán de competencia estatal), y finalmente, dentro de las competencias del Estado contenidas en el **art. 149 CE**, dada la redacción del precepto, es necesario precisar que no todas son ejercidas por el Estado, ya que en muchas de ellas las CCAA pueden tener algún tipo de participación. El cuadro de distribución básico queda entonces como sigue:

- a) Supuesto de materias en las que la **competencia estatal es totalmente exclusiva** (por ejemplo Defensa). La CCAA carece de cualquier poder o competencia.
- b) Supuesto de **competencia compartida de carácter legislativo**: el Estado aprueba las bases o la legislación básica (Ley de Contratos del Sector Público, de Régimen Local, de los Empleados públicos), y seguidamente la CCAA legisla (ley autonómica) en desarrollo de la ley estatal, con el límite de lo básico, y además, aplica o ejecuta su propia legislación por vía reglamentaria.
- c) Supuesto de **competencia compartida de carácter administrativo**: el Estado legisla pero no ejecuta esa legislación, por lo que en esos casos la CCAA, no legisla sino que únicamente ejecuta por vía reglamentaria la legislación estatal.

Este sistema de distribución o reparto de competencias básico, se completa con otro de distribución, que algún autor llama *complementario*, en referencia clara a los supuestos del art. 150.1 y 2 de la CE:

- Las **Leyes marco**, que suponen una ampliación de las competencias por las CCAA: son leyes estatales por las que se ceden competencias del Estado que no son absolutamente exclusivas, respetándose por las CCAA el marco o límite impuesto por la Ley estatal, que se aprobará por Ley ordinaria.
- **Leyes de trasferencia o delegación**: las primeras amplían la lista de competencias de las CCAA, pero sin ningún tipo de límites o restricciones. Las segundas implican la cesión del mero ejercicio de la competencia estatal concreta, estando dicha delegación sujeta al control del Gobierno. Ambas leyes requerirán de Ley Orgánica para su aprobación.

Dentro de la distribución complementaria existen **materias de competencias concurrentes** (suele ser en materias específicas, como cultura, deporte, etc.), donde la competencia es dual, correspondiendo a las dos Administraciones. Y las **Leyes de armonización** (art. 150.3 CE) que tratan de armonizar o igualar el reparto de las competencias entre las distintas CCAA (exigen mayoría absoluta de ambas Cámaras nacionales).

5. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.

Dentro del sistema de interrelaciones normativas entre el Estado y las CCAA pueden operar las cláusulas de **supletoriedad y prevalencia**. La regla de la supletoriedad viene establecida en el art. 149.3 de la CE cuando afirma que “*el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”. Esta regla se explica por razones de cohesión interna del ordenamiento jurídico y de seguridad jurídica. El Derecho del Estado, al ser más completo que el de las CCAA, no sólo por estar más cohesionado históricamente sino también por el número y tipo de las competencias legislativas que la CE atribuye al

Estado, se aplica también en el ámbito competencial autonómico, bien porque esta legislación no se dicta (**supletoriedad inicial**), bien para suplir las **lagunas de su ordenamiento**.

Pero esta supletoriedad no significa otorgar al Estado un título universal de competencias que le permita seguir dictando normas en materia de competencia autonómica, aun cuando las CCAA hayan aprobado o vayan aprobando leyes sobre esa materia. Así se ha pronunciado una STC de 1997, en el sentido de que, una vez que todas las CCAA tienen competencia sobre una materia el Estado ya no puede dictar *ex novo* normas jurídicas con finalidad supletoria del Derecho Autonómico, ni siquiera cuando el Estado dicte la legislación básica y las CCAA aprueben su desarrollo a través de leyes autonómicas.

6. PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL.

Esta regla presupone que 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 CCAA en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas (art. 149.3 CE).

La prevalencia del Derecho del Estado se produce cuando entran en conflicto dos normas, una del Estado y otra de una CCAA que sean igualmente válidas. Esta situación puede producirse en la práctica y se produce con cierta frecuencia, porque la delimitación de los títulos de las materias competencia les en la CE no es perfecta. Por ejemplo, el Estado tiene competencia para proteger los cauces de los ríos en la mayoría de las cuencas hidrográficas de todo el país (art. 149.1.22 CE), mientras que las CCAA tienen competencia sobre “*la ordenación del territorio*”. Pues bien, el Juez puede encontrarse con dos normas que sean válidas a priori y que se refieran a un mismo objeto, pero que entren en conflicto porque ordenan soluciones distintas (por ejemplo, qué obras se pueden construir en unos terrenos que forman al mismo tiempo parte del cauce de un río y son territorio ordenado por una CCAA). Es en estos supuestos cuando entra en juego la **prevalencia del Derecho estatal**.

7. ENTES LOCALES Y NORMATIVA.

La CE regula el régimen local bajo los **principios de autonomía y descentralización administrativa** disponiendo en el art. 137, que abre el Título VIII, que los municipios y provincias, al igual que las CCAA, gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses. El art. 140 garantiza la autonomía de los municipios, cuyo gobierno y administración corresponde a los Ayuntamientos, y el art. 142 añade el **principio de suficiencia de las haciendas locales** como elemento indispensable para ejercitarse su autonomía.

Las entidades que integran la Administración local son Administraciones públicas (art. 2.1 LPACAP), y sus competencias no vienen delimitadas en la CE, remitiéndose esta materia a la voluntad del legislador ordinario (estatal y autonómico). Estas entidades son el **Municipio**, la **Provincia**, la **Isla** (archipiélagos canario y balear) y otras entidades locales menores entre las que destaca, por su importancia histórica, el **régimen local de Concejo abierto** al que alude el art. 140 CE. Se trata de un sistema aplicable a municipios muy pequeños, en algunos casos de menos de 100 habitantes, donde el gobierno y la administración de los mismos corresponde al Alcalde y a una Junta vecinal integrada por todos los vecinos, que adoptan los acuerdos democráticamente, como en la antigua Grecia.

- El **municipio** es la entidad local básica de la organización, la entidad natural o primigenia de dicha organización (**TOCQUEVILLE** decía que “*el hombre es quien crea los reinos y las repúblicas, pero el*

municipio parece salir directamente de las manos de Dios”), la que se encuentra más próxima al ciudadano. Dispone de unos elementos esenciales, como son el **territorio** (término municipal), la **población** (integrada por los vecinos inscritos en el Padrón municipal), y la **organización**, compuesta por el **Alcalde** y los **Concejales**. El Alcalde es elegido, tras la celebración de elecciones municipales, entre los Concejales electos de la candidatura, por lo general, con mayoría de votantes. Además del Alcalde y los Concejales, existen en todos los municipios los **Tenientes de Alcalde** (nombrados y revocados por el Alcalde entre los Concejales) y la **Junta de Gobierno Local**, que se constituirá necesariamente en municipios de población superior a 5.000 habitantes. En los municipios de grandes poblaciones existirá una organización complementaria (como las **Juntas de Distrito**).

- La **provincia**, que es una entidad local determinada por la agrupación de municipios, siendo su órgano de gobierno y administración la **Diputación provincial**, con un esquema organizativo semejante al municipio (**Presidente, Diputados provinciales, Junta de Gobierno, etc.**). En Cataluña, tras su Estatuto de 2006, han sido sustituidas por las **veguerías**, y en Aragón por las **comarcas** (entes públicos supramunicipales que pueden ser creados por las CCAA conforme a sus Estatutos, agrupando en torno a ellas a varios municipios).

En cuanto a la normativa de los entes locales citamos:

- El **Título VIII de la CE**.
- La **Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local**.
- La **Carta Europea de Autonomía local de 1985**.
- La **Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General** (que derogó las elecciones municipales que regulaba una Ley de 1978).
- Los **Regímenes especiales de Madrid y Barcelona** (dos Leyes de 2003) y la **Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local** (reguladora de los municipios de grandes poblaciones).

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 10

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONSIDERACIONES GENERALES, CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES Y SU APLICACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA COSTUMBRE Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO. LOS PRINCIPIOS DE RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS JURÍDICAS. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y EN EL SENTIDO A LA MAYOR REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONSIDERACIONES GENERALES, CLASIFICACION Y SU APLICACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El DA constituye un ordenamiento jurídico, en concreto, el ordenamiento jurídico administrativo o parte del ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la Administración Pública, y dentro de esa unidad estructural que es un ordenamiento jurídico coexisten, dice **GARCIA DE ENTERRÍA**, una serie de distintas fuentes del Derecho, con predominio de las fuentes escritas sobre las no escritas. Y como punto de partida afirma que no existe duda alguna en cuanto a la aplicación al DA del sistema de fuentes que enuncia para todo el Derecho el art. 1.1 CC (*"las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho"*), si bien con algunas especialidades que expondremos a continuación.

El Profesor **MUÑOZ MACHADO** y **GARCIA DE ENTERRÍA** afirman que después de la CE 1978 se debería proclamar la no idoneidad del CC para establecer las fuentes del DA, precisamente por dichas singularidades, y por tanto debería ser la CE la que se ocupe del ordenamiento jurídico general. Una de las especialidades del sistema de fuentes del DA es el rol que en dicho ordenamiento juegan los Reglamentos en su calidad de normas jurídicas secundarias, pero de creación autóctona por la Administración, así como el papel irrelevante de la **costumbre** en este ámbito. Sí hay que mencionar, por su importancia, la inclusión tanto de los **Ordenamientos secundarios**, algunos de escasa entidad dentro del sistema total de fuentes (como el **ordenamiento local**), y otros de indudable relevancia, como es el **ordenamiento autonómico**. Y no se puede obviar la presencia de los **ordenamientos supraestatales**, como los procedentes del Derecho Internacional (Tratados internacionales) y del Derecho Comunitario.

Partiendo del principio clave de todo el ordenamiento (orden de las fuentes) como es el de **jerarquía normativa** (art. 1.2 CC: *"carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior"*), se clasifican jerárquicamente las fuentes del DA (en primer lugar la **CE 1978**, y a continuación, los Tratados Internacionales, en particular el **Tratado de Adhesión de España a la UE**, las **Leyes del Estado** y las **Leyes autonómicas**, los actos del Gobierno con fuerza de ley, como los **Decretos Leyes y Decretos- Legislativos**, los **Reglamentos de las Administraciones Públicas**, las **costumbres de relevancia histórica**, el **precedente administrativo**, y los **principios generales del Derecho**). Todas las fuentes citadas serán objeto de nuestro estudio y consideración en el Tema que nos ocupa y en el siguiente del programa.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (PGD) EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Los PGD representan los valores materiales básicos de un ordenamiento, aquéllos sobre los que descansan las **convicciones ético-jurídicas de una comunidad**. Estos principios son, para el Código Civil, fuente de

segundo grado, en defecto de ley y de costumbre aplicable (art. 1.4). Además ejercen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico, así como una innegable función interpretativa de las normas.

En el ámbito del Derecho Público, los principios generales empezaron a tener significación a mediados del Siglo XX, coincidiendo con el derrumbamiento de la codificación y el desbordamiento de las normas escritas, cambiantes, inconexas y a veces impredecibles. Actualmente algunos PGD se han positivizado, es decir, se han recogido por escrito en textos legales (como los principios constitucionales básicos del art. 9.3 CE: legalidad, seguridad jurídica, publicidad, etc.), otros aparecen consignados en la legislación vigente, y algunos otros, sin ninguna referencia en normas escritas, se usan habitualmente por la jurisprudencia y la doctrina.

GARCIA DE ENTERRÍA trata el tema en profundidad. Para él, parte del des prestigio de los principios obedece a su pretendida identificación con el Derecho natural, a su vez, campo preferido de moralistas y filósofos que suelen ignorar las técnicas concretas del Derecho. Afirma que todo el Derecho, pero de manera muy particular el DA, según impone hoy sin dudas la vigente CE, se constituye necesariamente sobre un sistema de PGD que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son las que dan a éstas todo su sentido y presiden toda su interpretación. Y estos principios no proceden de verdades morales sino que son **principios técnicos**, siendo su desarrollo y perfección fruto de la vida jurídica. En la mayoría de los países se encuentran ya constitucionalizados, pero el origen de los mismos hay que buscarlo en la doctrina (que los crea) y en la Jurisprudencia (que los aplica).

3. LA COSTUMBRE Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

Aunque algunas leyes del Estado y de las CCAA se remiten expresamente a las normas consuetudinarias reguladoras de relaciones administrativas (Asambleas vecinales en el régimen de **Concejo Abierto, Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y Consejo de Hombres Buenos** de Murcia), es cierto que el carácter escrito de las normas administrativas ha expulsado esta fuente del ámbito administrativo hasta el punto de que los reenvíos legales a la costumbre en DA son en la actualidad ridículos en cuanto a su número. Es por ello por lo que el lugar de la costumbre lo ocupa el **precedente administrativo**, (art. 35.c LPACAP) que consiste en una **decisión reiterada de la Administración** sobre una materia sin regulación legal expresa, que no la vincula. Como no ha de mantenerse obligatoriamente, si la Administración se aparta de él al adoptar otra decisión, debe justificar o motivar su decisión bajo pena de nulidad de pleno derecho, por suponer la ausencia de motivación un ataque el principio de seguridad jurídica (art. 129 LPACAP).

4. LOS PRINCIPIOS DE RELACION ENTRE LAS NORMAS JURÍDICAS.

Los principios de relación entre las normas jurídicas pueden entenderse en un doble sentido, y así procede la doctrina: bien **como reglas de interrelación entre los ordenamientos jurídicos mayores** (Estado y CCAA), bien **como principios de relación de todo el sistema normativo**. En el primero de los sentidos podríamos hablar de los principios siguientes:

a) **Principio de Reserva de Ley.** La reserva legal o reserva de ley se considera como una fórmula que garantiza constitucionalmente la competencia exclusiva de los Poderes legislativos, en orden a la regulación de determinadas materias, siguiendo la antigua doctrina formulada a comienzos del Siglo XX por el jurista alemán **OTTO MAYER**, para quien la reserva legal era una fórmula democrática de protección de la competencia de los Poderes legislativos. Existen al respecto:

. Una **reserva material de ley**, en el sentido de que la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CE sólo pueden hacerse por ley, ordinaria u orgánica según los casos (arts. 53 y 81 CE)

. Una **reserva formal de ley**, en los casos en los que el Poder legislativo correspondiente estima conveniente regular cualquier materia o asunto. En estos supuestos se produce una especie de congelación del rango normativo, ya que los Poderes legislativos impiden que las Administraciones públicas elaboren y aprueben reglamentos independientes de la ley.

b) **Principio del Interés general.** Otro criterio o principio de relación entre las normas autonómicas y estatales podría ser el del interés general, por el cual correspondería al Estado decidir sobre la asignación de competencias o interpretación de materias competenciales en todos los supuestos en que estuviera en juego el interés general. Este criterio posee unos perfiles políticos indudables y su utilización resulta arriesgada e incluso jurídicamente incorrecta, porque puede suponer la negación del interés general que satisfacen o pueden perseguir las CCAA.

c) **Principio de supletoriedad.**

d) **Principio de prevalencia.**

Desde el segundo punto de vista, se mencionan por la doctrina los siguientes:

- a) **Principio de jerarquía normativa:** el ordenamiento jurídico constituye una pirámide jerárquicamente ordenada (art. 9.3 CE y 1.2 CC).
- b) **Principio de competencia normativa:** dentro de cada uno de los niveles de la pirámide normativa existen diferentes tipos de normas dentro de cada escalón, destinados a regular materias diferentes (leyes estatales y autonómicas, leyes orgánicas y ordinarias, ...).
- c) **Principio de especialidad normativa:** entre dos tipos de normas de igual rango, una general y otra especial, prevalecerá siempre la legislación especial.

5. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Según el art. 1.6 CC la jurisprudencia es “*la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”. Después de la CE 1978 puede considerarse también como jurisprudencia la emanada de los TSJ cuando deciden en última instancia sobre la aplicación del Derecho Autonómico en su territorio, así como las STC que declaran la inconstitucionalidad de alguna norma con rango de ley.

Relativo a la interpretación de las normas jurídicas, el DA no ofrece peculiaridades dignas de mención, como afirma **GARCIA DE ENTERRÍA**, a no ser las estudiadas respecto a la relevancia singular que en ese ordenamiento alcanzan los PGD, la mayoría de los cuales se encuentran positivizados en la propia CE. A destacar con carácter general, entre los principios propiamente técnicos, el de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la actuación administrativa (art. 9.3 CE). Y dentro del campo referido a la Jurisprudencia Contencioso - Administrativa (Sala 4ª del TS) a destacar otros principios aplicados por ella y en la actualidad igualmente positivizados:

- El **principio de la proporcionalidad de la actuación administrativa** (arts. 106.1 CE y 129.3 LPACAP).
- El **principio “pro actione”** o en favor del enjuiciamiento en la vía contencioso-administrativa en caso de dudas acerca de la admisibilidad del recurso interpuesto.

- El principio "*in dubio pro libertate*", para el caso de que los medios admisibles de intervención en la esfera de los particulares sean varios y haya que escoger.

Por último recordar que no es posible otorgar a los Reglamentos el valor de interpretadores de las leyes, por la sencilla razón de que la Administración no es el legislador. El Juez no está vinculado por la interpretación que de una Ley haga un Reglamento. Sólo resultaría vinculado en la medida en que estimen correcta la interpretación que contienen.

6. LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y EN EL SENTIDO DE LA MAYOR REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Lo más relevante de la relación de actuaciones del TC es el **principio de interpretación conforme a la CE de todo el ordenamiento jurídico** en el momento de su aplicación. Este principio originariamente formulado en los Derechos americano y alemán, lo proclamó desde sus comienzos la jurisprudencia constitucional (en dos Sentencias de 1981) y fue formulado de manera explícita en el art. 5 LOPJ en los siguientes términos: "*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*".

Interpretar una norma conforme a la CE consiste en acomodar su contenido a los principios y preceptos de la misma. De lo dicho, se derivan las consecuencias siguientes:

- **La Constitución es el contexto necesario de todas y cada una de las leyes y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación.** GARCIA DE ENTERRÍA manifiesta que la indicación del art. 32 CC, que ordena interpretar las normas según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, llama en primer lugar, para depurar ese contexto, a la norma constitucional (así lo ha reiterado una STC de 1991).
- La interpretación conforme a la CE de cualquier norma del ordenamiento jurídico tiene su **correlato lógico en la prohibición**, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que finalice con un **resultado directa o indirectamente contrario** a los valores y preceptos constitucionales.
- El mandato de interpretación conforme a la CE asigna, por sí sólo, un **valor preeminente** a la doctrina legal que resulte de las STC frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial de cualquier otro orden judicial, tal como señala el art. 5.1 LOPJ antes citado.
- En relación a la **interpretación y defensa de los derechos fundamentales**, pieza básica del edificio constitucional hasta el punto de constituir su parte dogmática, la labor del TC adquiere si cabe mayor relevancia. No sólo las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29 CE) han de acomodarse a los principios constitucionales sino, además, las actuaciones administrativas no conformes a dichas leyes pueden ser objeto de revisión constitucional (art. 53.2 CE) a través del **recurso de amparo ante el TC**.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 11

CONSTITUCIÓN, LEY Y NORMAS EQUIPARADAS A LA LEY. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA. LA LEY. RESERVA DE LEY EN SENTIDO MATERIAL Y FORMAL. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. TIPOS DE LEYES. LEYES ORGÁNICAS. ESTATUTOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL. LAS NORMAS NO PARLAMENTARIAS CON RANGO DE LEY: DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL MISMO.

1. CONSTITUCIÓN, LEY Y NORMAS EQUIPARADAS A LA LEY.

Al tratar de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, con relación a su orden de prelación o preferencia, figura en la cabeza de dicho ordenamiento la CE de 1978, seguida de la ley en sentido estricto. A continuación, en el mismo plano que la ley, las normas del Gobierno, equiparadas a ellas (Decretos-leyes y legislación delegada), fenómeno que responde a la necesidad de dar respuesta a situaciones especiales, lo que habilita al Gobierno para dictar los primeros, “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*”, y los segunda (Decretos-legislativos) cuando las Cortes, por y para razones diversas, delegan en el Gobierno el compromiso de aprobar una norma con rango de ley, bien sea un Texto Articulado o un Texto Refundido.

Desde un plano estrictamente jurídico, la CE es una norma que regula la composición, competencias y procedimientos de las instituciones del Estado. Y como norma primaria, fundamental y suprema que es (**norma normarum**), legítima todo el ordenamiento jurídico en tanto en cuanto el Poder constituyente es el representante de la soberanía popular encarnada en el pueblo. La supremacía de la CE es algo notorio y en tal sentido **GARCIA DE ENTERRIA** la destaca en dos planos diversos:

- **Superlegalidad formal**, en el sentido de que no puede ser derogada por otra norma y para su reforma o modificación es preciso seguir unos cauces procedimentales especialmente rigurosos, regulados en el Título X de misma (arts. 166 a 168).
- **Superlegalidad material**, en relación al hecho de que posee las características propias de las normas jurídicas grado sumo, es decir, se trata de normas de obligado cumplimiento para sus destinatarios, aplicables directamente por los Tribunales, deroga las que estén en contradicción con ella, etc.

En segundo lugar aparece la **LEY**. Su relación con la CE se configura como un mandato dirigido por ésta al legislador ordinario, lo cual no significa que la ley sea simplemente una norma de desarrollo de la CE o el instrumento normativo para la realización de un determinado programa político. Al contrario, en el marco constitucional el legislador tiene un amplio margen de libertad para adoptar las decisiones legislativas que estime oportunas, sin más límites que los de la propia CE (**control de legalidad de las leyes**), y el derivado de la llamada **descentralización legislativa**, es decir, la trasferencia de una parte significativa de la potestad legislativa a las CCAA y, finalmente hay que mencionar el límite proveniente de la **integración supranacional** en la Unión Europa, con la consiguiente subordinación del Derecho del Estado y del Derecho autonómico al Derecho Comunitario, originario o derivado (Reglamentos y Directivas).

2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.

Antes de la CE de 1978 se consideraba que la CE era una norma programática, es decir, la formulación enfática y solemne de un simple programa político que, más tarde, desarrollaría el legislativo convirtiendo o

trasmutando el programa en normas jurídicas. Ahora, después de su entrada en vigor, el panorama ha cambiado sustancialmente. Como dice **EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA**, ha pasado a ser una norma, y no cualquier norma, sino la norma suprema, que condiciona la validez de todas las demás mediante la declaración de invalidez de las leyes por razón de su inconstitucionalidad.

El art. 1 CE define España como un “*Estado social y democrático de Derecho*”, y en ese Estado de Derecho u ordenamiento jurídico (que no es un simple agregado de leyes), la Constitución se incluye ella misma (art. 9.1), para emplear a continuación expresiones tales como “*reconoce y garantiza el derecho*” (art.2), “*fórmula deberes y derechos*”, “*consagra libertades*” (todo el Título I), etc.

La doctrina clásica expuesta sobre el carácter programático de la CE ha sido negada también por el propio TC (SSTC de 1988 y 1992) al afirmar que “*la especial fuerza vinculante y directa de los derechos fundamentales no está supeditada a desarrollo legislativo alguno*”. Y más concluyente aún es la declaración del art. 5 LOPJ: “*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales*”.

3. LA LEY.

La doctrina define la Ley como toda norma jurídica general, dictada por el Parlamento u órgano que tenga atribuida la potestad legislativa, caracterizada por su carácter superior a todas las demás normas jurídicas, por ser irresistible y poder regular cualquier materia o asunto que el legislador decida.

La Ley, en este caso la **ley administrativa**, debe reunir, en atención a la definición propuesta, los caracteres de **legalidad** (debe proceder necesariamente de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de la CCAA), **generalidad** (en el sentido de que ley debe imponerse, dentro de su ámbito, a todos a los que va dirigida, siendo una excepción a lo afirmado la posibilidad de **leyes singulares** dirigidas a regular una situación subjetiva o particular, como, por ejemplo, una Ley que conceda una pensión extraordinaria a la viuda de una gran personaje público), y **publicidad** (para su general conocimiento, porque de lo contrario hablaríamos de **leyes secretas o reservadas** -propias de regímenes totalitarios- las leyes deben ser publicadas en los Diarios Oficiales. El art. 2 CC nos dice que las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su entera publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispusiera otra cosa y el art. 91 CE dispone que “*el Rey sancionará en el plazo de 15 días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación*”).

En cuanto a la **iniciativa legislativa**, ésta corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la CE y los Reglamentos de las Cámaras (art. 87 CE). Dicha iniciativa se llama **proyecto de Ley**, si procede del Gobierno, o **proposición de ley**, en el supuesto del art. 87.2, que permite tal posibilidad a las Asambleas Legislativas de las CCAA. Igualmente se permite la iniciativa legislativa a la **iniciativa popular**, exigiéndose no menos de 500.000 firmas acreditadas. Esta iniciativa no procederá “*en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia*”.

4. RESERVA DE LEY EN SENTIDO MATERIAL Y FORMAL.

Principio de Reserva de Ley. La reserva legal o reserva de ley se considera como una fórmula que garantiza constitucionalmente la competencia exclusiva de los Poderes legislativos, en orden a la regulación de determinadas materias, siguiendo la antigua doctrina formulada a comienzos del Siglo XX por el jurista

alemán **OTTO MAYER**, para quien la reserva legal era una fórmula democrática de protección de la competencia de los Poderes legislativos. Existen al respecto:

- . Una **reserva material de ley**, en el sentido de que la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CE sólo pueden hacerse por ley, ordinaria u orgánica, según los casos (art. 53 y 81 CE)
- . Una **reserva formal de ley**, en los casos en los que el Poder legislativo correspondiente estima conveniente regular cualquier materia o asunto. En estos supuestos se produce una especie de congelación del rango normativo, ya que los Poderes legislativos impiden que las Administraciones públicas elaboren y aprueben reglamentos independientes de la ley.

5. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

La rigidez de la CE, derivada de los procedimientos especiales para su reforma, expresan la superioridad formal de aquélla por lo que, en principio, nada puede hacerse para evitar la aplicación de leyes ordinarias que sean contrarias a la CE. Esta rigidez constitucional debe contrapesarse con fórmulas que “aseguren el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”. Nuestra CE establece para ello un sistema de justicia constitucional concentrado (es decir, asignado a un órgano ad hoc o específico) que es el **Tribunal Constitucional** al que dedica todo el Título IX.

6. TIPOS DE LEYES.

Existe una tipología muy variada de leyes. Además de la clasificación más importante, que es la que distingue entre leyes orgánicas y ordinarias (siguiente epígrafe), y también la que se refiere a los Estatutos de Autonomía (que asimismo analizaremos más tarde), distinguimos las leyes siguientes:

- **Leyes de Pleno** (o leyes aprobadas por el Pleno de ambas Cámaras) y **Leyes de Comisión** (o leyes aprobadas por las Comisiones Legislativas Permanentes, por delegación del Pleno de la Cámara respectiva y sobre materias determinadas en el art. 75 CE).
- **Ley de Presupuestos Generales del Estado**, que autoriza, con carácter anual, la totalidad de los gastos e ingresos del Sector público estatal. A nivel político y social es la Ley más importante y la más trascendentales para la vida nacional.
- **Leyes del Estado en relación a las CCAA**, recogidas en el art. 150 CE: leyes marco, leyes de transferencia y delegación; y leyes de armonización.

7. LEYES ORGANICAS.

Llamadas leyes constitucionales en Italia, se trata de una nueva categoría de leyes con origen en la Constitución francesa. Se introdujeron en la CE como una fórmula de consenso para lograr la participación de los partidos mayoritarios en la aprobación de leyes con contenidos sensibles, en especial, los referentes a los derechos y libertades. Para su caracterización, la CE utiliza dos criterios: un **criterio material**, según el cual estas leyes se ocupan de la regulación de materias específicas (art. 81: “*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el Régimen Electoral General y las demás previstas en la Constitución*”) y otro **criterio formal** (art. 81.2: “*la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*”).

8. ESTATUTOS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

Las CCAA se integran en la organización territorial del Estado (art. 137.1 CE). Su norma institucional básica está constituida por los **Estatutos de Autonomía**, que el Estado ampara como parte de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE). Son aprobados por las Cortes Generales mediante **Ley Orgánica** (art. 81 CE), y deben interpretarse conforme a la Constitución, y junto a ella constituyen el **núcleo del bloque constitucional**.

El art. 147.2 dispone que deben contener “*la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias, las competencias asumidas dentro del marco constitucional y las bases para el traspaso de competencias de los servicios correspondientes a las mismas*” (aportaciones del Estado para hacer efectivas las competencias). En cuanto a las **Instituciones**, se reproduce el esquema tripartito estatal:

- **Asamblea legislativa**, con denominaciones diferentes (Parlamento, Asamblea regional, Generalitat, etc.). Se elige para un período de 4 años en elecciones autonómicas mediante sufragio universal, libre, directo y secreto, siendo la provincia la circunscripción electoral. Ejerce las funciones legislativas, presupuestarias y de control del Gobierno autonómico, y eligen al Presidente de la Comunidad, nombrado por el Rey, que puede ser destituido si prosperara una moción de censura.
- **Gobierno de la Comunidad**, cuya similitud con el Gobierno de la Nación es alta. Su Presidente es elegido por la Asamblea y ejerce la representación del Estado en la CCAA respectiva. Además, ejerce el Poder ejecutivo, designa sus Consejeros autonómicos, ostenta la potestad reglamentaria, y aprueba los Decretos - legislativos por delegación del Parlamento.
- **Tribunal Superior de Justicia**: “*el Poder judicial es único en todo el Estado*” (art. 117 CE) y los Jueces y Magistrados de carrera forman un Cuerpo único (art. 122.1 CE), lo que no excluye que las CCAA ejerzan determinadas competencias en materia de Administración de justicia ni que esos Tribunales Superiores con sede en cada Comunidad sean la última instancia judicial en su territorio, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Tribunal Supremo.

9. LEGISLACION BASICA ESTATAL.

El art. 149 CE comienza diciendo que “*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias.....*”, detallando 32. Sin embargo, la expresión **competencia exclusiva** no es del todo acertada porque a lo largo esa larga lista, es posible identificar competencias **exclusivas y plenas del Estado** (Defensa y FAS, Relaciones internacionales, Administración de Justicia, etc.), donde no cabe participación de las CCAA, y otras **competencias en las que sí cabe un reparto**, que se puede llevar a cabo por las dos vías siguientes:

- Supuestos en los que **el Estado legisla y las Comunidades Autónomas ejecutan y aplican** esa legislación estatal por vía reglamentaria.
- Supuestos en los que **el Estado dicta leyes básicas**, bases o normativa básica y **las CCAA las pueden desarrollar mediante su propia legislación**. En este caso es al legislador al que corresponde decidir qué es lo básico como marco normativo común que han de respetar las CCAA a la hora de legislar en sus Parlamentos sobre la materia específica de que se trate. Lo básico se convierte así en el mínimo denominador normativo común. Este sistema de legislación estatal básica se desarrolla a lo largo del art. 149.1 CE, pero su concreción máxima se encuentra en el apartado 18 (como las bases del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas, el régimen de los funcionarios, el procedimiento administrativo común, la legislación sobre la expropiación forzosa, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, la responsabilidad de todas las Administraciones, etc.).

10. LAS NORMAS NO PARLAMENTARIAS CON RANGO DE LEY: DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS.

No obstante estar atribuida a las Cortes Generales la potestad legislativa del Estado (art. 66.1 CE), la propia CE, a imagen y semejanza del resto de las Constituciones europeas, prevé dos supuestos en los que posibilita al Gobierno para dictar normas con rango de ley: Decretos-leyes y Decretos legislativos.

A) **Decretos-Leyes.** El art. 86 sólo autoriza la aprobación de Decretos-leyes “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*” (el TC ha matizado el concepto indeterminado de necesidad precisando que la técnica del Decreto-Ley es un instrumento del que sólo se puede hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes).

Un segundo límite es el que restringe el Decreto-Ley a regular **determinadas materias**, en particular, a las Instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las CCAA y al Derecho electoral general.

Una vez aprobado el Decreto-Ley **entra en vigor inmediatamente**, pero debe ser **convalidado o derogado en el plazo de 30 días** por el Congreso de los Diputados a partir de su promulgación. La convalidación es necesaria para que el Decreto-Ley pierda su carácter provisional y se convierta en norma de vigencia indefinida. En realidad se trata de un control político (aunque pueda fundarse en argumentos jurídicos). Sin embargo la convalidación no convierte al Decreto-Ley en una Ley ordinaria (falta su paso por el Senado), ni tampoco sana los vicios de inconstitucionalidad en que hubiera podido incurrir (**el término ratificación hubiera sido el más aconsejable**).

Pero si el Congreso opta por su derogación, o bien si no hay convalidación expresa en el plazo de 30 días, el Decreto-Ley queda derogado efectivamente, si bien dicha derogación tiene efectos “*ex nunc*”, por lo que los actos dictados durante su período de vigencia se consideran válidos, aunque sobre este punto no están de acuerdo todos los autores.

No obstante, una vez convalidado el Decreto-Ley (art. 151 del Reglamento del Congreso), o durante el plazo señalado de 30 días (art. 86.3 CE), las Cortes pueden decidir que el Decreto-Ley se tramite como “*proyecto de ley por el procedimiento de urgencia*”. La ley resultante, llamada en la práctica **Ley de conversión** (de Decreto-Ley en Ley ordinaria), es autónoma completamente del Decreto-Ley al que sustituye.

B) **Decretos Legislativos.** A diferencia del Decreto-Ley, el Decreto Legislativo no surge de una necesidad inaplazable sino como resultado de una **previa delegación legislativa** del Parlamento al Gobierno para que, por diferentes razones, dicte normas jurídicas con rango de Ley. El art. 82 CE dispone que “*las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior*” (el art. 81 CE se refiere a las leyes orgánicas, por lo que no cabe delegación legislativa sobre dichas materias).

Esta delegación deberá otorgarse mediante una **ley de bases** (no confundir con la legislación básica, las bases o la normativa básica: se trata aquí de una ley que especifica las bases, instrucciones o líneas de actuación a través de las cuales tiene que moverse el texto del Gobierno) cuando su objeto sea la formación de **Textos Articulados** (generalmente se utiliza esta técnica cuando la materia, de exclusiva competencia de las Cortes, presenta un contenido muy prolífico y detallado y de perfiles muy reglamentarios, razón por la cual las Cortes transfieren la responsabilidad al Gobierno para que sea éste el que legisle), o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios legales en uno sólo (**Textos Refundidos**).

El Art. 82.3 CE destaca que la delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno “*de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio, agotándose la delegación por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida la delegación de modo implícito o por tiempo indeterminado*”. Finalmente, el apartado final del precepto citado señala que, “*sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales* (control por el TC si el texto adolece de inconstitucionalidad, o por la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, si el texto introduce capacidades innovadoras o creadoras, al margen de la delegación, considerando la ley en este caso que el exceso tiene naturaleza reglamentaria), *las leyes de delegación podrán establecer en su caso otras fórmulas adicionales de control*”.

11. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Dentro de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo figuran, por detrás de la CE, los Tratados internacionales, en su calidad de ordenamientos externos, internacionales o supranacionales. Dentro de ellos distinguimos dos tipos:

a) Para que el Estado pueda obligarse por medio de Tratados o Convenios se requiere “*previa autorización de las Cortes Generales*” cuando aquellos se refieran a las materias que cita el art. 94 de la CE (**Tratados o convenios de carácter político, militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o impliquen obligaciones financieras para el Tesoro, o que supongan modificación o derogación de una Ley**). Cuando los Tratados contienen estipulaciones contrarias a la CE, no pueden celebrarse sin una modificación o reforma previa de la misma (art. 95.1 CE), y una vez celebrados válidamente, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno, una vez **publicados en el BOE**, y sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional (Convención de Viena sobre Tratados, de 1964). Fuera de los casos mencionados en el art. 94, el Gobierno sólo está obligado a dar cuenta a las Cortes Generales de los Tratados que celebre.

b) Siguiendo las mismas pautas seguidas para los Tratados y Convenios internacionales, se encuentra el Derecho Comunitario cuya incorporación al Derecho interno se produce por la vía del art. 93 CE, que exige autorización de las Cortes a través de Ley Orgánica.

12. LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL MISMO.

El Derecho Comunitario forma parte del Derecho Nacional de los Estados miembros constituyendo Derecho propio de cada uno de ellos, en la misma medida que el Derecho creado por los Órganos constitucionales de cada Estado. En el caso de España, su posible integración venía prevista en el **art. 93 CE**, que prevé la posibilidad de una Ley Orgánica que autorice la celebración de Tratados “*por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”. Este precepto viene a autorizar tratados de cesión de soberanía a organizaciones internacionales específicas, aunque no de soberanía general del artículo 1.2.

La norma constitucional habilita el establecimiento de un verdadero **Derecho supranacional**, en el sentido de un traslado de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales a organizaciones supranacionales, las cuales podían quedar así habilitadas para ejercer dichas competencias directamente sobre ciudadanos españoles.

El Derecho comunitario es inmediatamente aplicable siendo Derecho positivo en cada Estado sin necesidad de acto alguno de recepción. La norma comunitaria produce un efecto directo ya que toda persona tiene

derecho a que los Jueces o Tribunales apliquen las disposiciones comunitarias que resulten aplicables, existiendo tal obligación.

La adhesión de España a la UE, formalizada en **Acta de 12 de junio de 1985**, con entrada en vigor el 1 de enero de 1986, produjo efectos trascendentales sobre el derecho interno de nuestro país. Los arts. 2 a 8 del Acta desarrollan el “*principio de aceptación del acervo comunitario*”, es decir, nos integramos en la UE con todas sus consecuencias. Por tanto, acepta el Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, convirtiéndose en Derecho interno español. En algunos casos con período de adaptación mediante suspensión de vigencia o medidas transitorias.

También hay que destacar la aprobación de la **Ley 47/1985, de 27 de diciembre**, de bases de delegación al Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de Ley en aplicación del Derecho comunitario, derogada por la **Ley 8/1994, de 19 de mayo**, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, modificada a su vez por la **Ley 24/2009, de 22 de diciembre**, y por la **Ley 38/2010, de 20 de diciembre**, esta última para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta.

En conclusión, se entiende por tanto que la llamada **primacía del Derecho Comunitario** opere no sólo con respecto a la norma nacional anterior, sino también con respecto a la posterior.

Y en relación a la **aplicación judicial**, debemos recordar que la **norma comunitaria** (reglamentos y directivas) **goza de primacía**, es decir, de prioridad en su aplicación, sobre cualquier norma nacional. Esta primacía, afirmada desde el primer momento por el Tribunal de Justicia Europeo, ha querido ser justificada por alguna jurisprudencia nacional dando carácter constitucional a los Tratados comunitarios. Cuando se ha producido una cesión de soberanía a órganos supranacionales (art. 93 CE), los órganos nacionales dejan de ser competentes para regular las materias así transferidas.

La superioridad de la norma comunitaria opera **no sólo con respecto a la norma nacional anterior** (que podría explicarse por el mecanismo de la derogación: ley posterior deroga a la anterior), sino **también en relación a la norma nacional posterior** a la comunitaria, con la que entra en colisión.

La colisión de una norma comunitaria con una norma interna posterior ha planteado problemas únicamente cuando la norma interna tiene rango de Ley y ello, porque, en principio, el Juez ordinario está sólo vinculado a las Leyes, de las que sólo puede apartarse planteando una **cuestión de constitucionalidad**.

Esta fue la posición adoptada inicialmente por el TC de Italia, en abierta contradicción con el Tribunal de Justicia Europeo. Nuestro TC (en SSTC de 1991 y 1992) no ha dudado en aceptar la primacía del Derecho Comunitario, aunque la ley nacional sea posterior, y que el Juez nacional habrá de dejar inaplicada si fuere necesario, incluso en materia de derechos fundamentales, salvo que su protección sea inferior a la concedida por nuestra CE, en cuyo caso prevalecerá esta.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 12

EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CARACTERES. FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. TITULARES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. CLASES DE REGLAMENTOS. LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS. INAPLICACIÓN Y ANULACIÓN DE REGLAMENTOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CARACTERES.

Se define el Reglamento como toda norma jurídica escrita dictada por la Administración, en virtud de una potestad propia, la **potestad reglamentaria**, y con valor subordinado a la ley. Se trata de una norma procedente del Gobierno (cuando actúa o dirige la Administración) que, ante la imposibilidad de que la ley regule todos los detalles de la materia que trate, **completan o desarrollan** la misma. Son, por tanto, normas subordinadas a la ley en un doble sentido: **no pueden ir en contra de ella y tampoco pueden existir sin ley habilitante** (salvo la excepción del posible **reglamento independiente**). Y a diferencia de lo que ocurre en la Constitución francesa donde el campo normativo se reparte entre la ley y el reglamento, en la CE no existen ámbitos reservados a los Reglamentos.

De los conceptos expuestos podemos deducir los caracteres del reglamento:

- **El reglamento es una norma jurídica**, es decir, forma parte de ordenamiento jurídico y como las leyes, “*obliga a los ciudadanos y a los Poderes públicos*” (art. 9.1 CE), con lo cual queda desmontada la tesis que definía al reglamento como acto administrativo general. Y aunque existen actos administrativos dirigidos a un número indeterminado de personas (por ejemplo, la convocatoria de una oposición), los actos no son normas sino aplicación de éstas a casos concretos, agotándose con su ejercicio (un nombramiento, una sanción, una autorización). Además, los reglamentos sólo pueden ser dictados por quien ostente la potestad reglamentaria, mientras que los actos administrativos los dictan todos los órganos que tienen competencia para resolver una determinada cuestión. Finalmente, los reglamentos **pueden ser derogados** (como las leyes) en cualquier momento por quien los dictaron o ser sustituidos por otros, siempre que no vayan en contra de la ley, en tanto que los actos no pueden ser libremente modificados de oficio por la Administración (que no es libre para cesar a un funcionario, por ejemplo). **Los actos administrativos no se derogan, se revocan**.
- El reglamento es una **norma jurídica subordinada a la ley**: como dice **TOMAS RAMON FERNANDEZ**, así como la ley es expresión de la voluntad soberana del pueblo, el reglamento expresa la voluntad de la Administración. La subordinación del reglamento a la ley es plena e incondicional.

2. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

Muchas han sido las explicaciones en torno a la potestad que posee la Administración para dictar normas jurídicas. Las fundamentaciones o justificaciones pueden ser de dos tipos:

a) De carácter material:

- Unas de **naturaleza histórica**, de origen francés, que considera el reglamento como un poder basado en la distinción entre el principio democrático y el principio monárquico, en cuya virtud correspondía al pueblo, representado en la Asamblea legislativa, la potestad para dictar la Ley, y al Rey la potestad para aprobar la Ordenanza o el Reglamento. A la caída de la Monarquía esa

potestad pasó al Poder ejecutivo como poder residual con carácter general, no necesitando ni tan siquiera habilitaciones legales específicas.

- Otras de **naturaleza práctica**: frente a la solemnidad y lentitud del funcionamiento de los Parlamentos se impone la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria. Como la ley no puede gobernar por ella misma, al no poder detallar todos los aspectos que regula, de ahí que cada vez sea más estrecha su colaboración con los reglamentos. Como dice **TOMAS RAMON FERNANDEZ**, guste o no guste, sean o no grandes los riesgos de una normación secundaria de este carácter, la potestad reglamentaria de la Administración es hoy absolutamente imprescindible.

b) **De carácter formal**: si la Administración detenta una potestad reglamentaria es porque previamente existe una habilitación legal superior, representada por la CE, que es quien la concede. En este sentido, y para despejar dudas, el art. 97 CE otorga al Gobierno, entre otras funciones, la **potestad reglamentaria**.

3. TITULARES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

a) En el ámbito de la **Administración General del Estado**, el art. 97 CE reconoce al Gobierno dicha potestad, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Y si se trata de reglamentos generales, la fórmula de aprobación es la de **Real Decreto** del Consejo de Ministros. También mediante esta fórmula, la Ley del Gobierno permite al Presidente del Gobierno el ejercicio de dicha potestad, si bien la doctrina pone de manifiesto que las potestades reglamentarias del mismo son bastante **excepcionales** porque se trata habitualmente de decisiones organizativas relativas a la **creación, modificación y supresión de Departamentos ministeriales y Secretarías de Estado**. Las demás decisiones que el Presidente adopta en el ejercicio de las funciones que le atribuye la CE no tienen habitualmente dicho carácter normativo. Por su parte, los Ministros no tienen propiamente una facultad reglamentaria originaria, sino que la ejercen por delegación singular del propio Gobierno para regular la organización de sus propios Departamentos y a la dirección de los sectores de la actividad administrativa integrados en su Ministerio, ejerciéndola a través de **Órdenes ministeriales**, disposición reglamentaria de rango inferior al Real Decreto.

b) En el ámbito de las **Comunidades Autónomas** se sigue el mismo esquema relatado para la Administración General del Estado. Por tanto, corresponde al poder reglamentario al Gobierno de la Comunidad (Presidente y Consejeros) con la denominación de **Decretos y Órdenes**, respectivamente.

c) En el ámbito de la **Administración local**, los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales aprueban las **Ordenanzas** (fiscales, de urbanismo, etc.) y los **Estatutos o reglamentos de régimen interno**. Los Alcaldes dictan **bandos municipales**, que no siempre tienen alcance normativo. Con frecuencia encierran decisiones singulares o simples avisos o recomendaciones.

d) En el ámbito de la **Administración institucional**, los entes instrumentales (Organismos autónomos, Patronatos, Juntas, Agencias, etc.) autorregulan su organización mediante la aprobación de los correspondientes **Estatutos**.

4. CLASES DE REGLAMENTOS.

Los criterios de clasificación de los reglamentos son los siguientes:

a) **En razón de los titulares de la potestad**, los reglamentos pueden ser estatales, autonómicos, locales e institucionales.

b) **Por la relación con sus destinatarios** se habla de reglamentos **jurídicos o generales**, por estar dirigidos a todas las personas que se encuentren en su territorio (nacionales o extranjeros) y **administrativos o particulares**, si sus destinatarios se hallan vinculados o relacionados con la Administración (funcionarios, reclusos, etc.).

c) **Por su relación con la ley**, se distingue entre:

- **Reglamentos ejecutivos:** Su función consiste en desarrollar, complementar y establecer las disposiciones necesarias para la ejecución de las leyes. Son los más ordinarios, se aprueban por el Gobierno en virtud de una delegación expresa del Parlamento (con la fórmula “*se autoriza al Gobierno para que en plazo de 10 días apruebe el Reglamento ejecutivo de la presente Ley*”) conocida doctrinalmente (**GARCIA DE ENTERRIA**) con el nombre de remisión normativa.

- **Reglamentos independientes.** Se dictan al margen de la ley para regular materias o aspectos de las mismas que no son abordados por ninguna norma legal. Se admiten cuando versen sobre materias donde no exista reserva legal, en especial, aquellas de tipo **organizativo o doméstico** (reglamentos militares, de funcionarios). Hay autores que niegan la posibilidad de los mismos tras la CE de 1978, donde absolutamente se impone la reserva de ley (**SOSA WAGNER**).

- **Reglamentos de necesidad:** Su empleo sólo puede justificarse por un **estado de necesidad o situación de emergencia**. Cuando entran en vigor, automáticamente se suspenden o excepcionan las leyes vigentes sobre la materia hasta tanto permanezca la situación excepcional. Y una vez restablecida la normalidad no es necesario su derogación, ya que al estar vinculados a causas especiales dejan de tener sentido cuando desaparecen.

5. LIMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

Los límites de la potestad reglamentaria pueden ser formales o sustanciales o materiales.

A) **Límites formales:**

- La **competencia** para dictarlos.
- La **jerarquía normativa**: el ordenamiento administrativo tiene una estructura piramidal jerárquica y no se refieren sólo a las relaciones entre Reglamento y Ley, sino que los propios Reglamentos están relacionados jerárquicamente entre sí. En referencia a la relación Reglamento - Ley el art. 23 de la **Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y la Ley 39/2015** en sus arts. 128.2 y 128.3 disponen que no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni (sin una ley habilitante) tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cargas u otras prestaciones o cargas personales o patrimoniales de carácter público (cuando se habla de Ley, habrá que extender el concepto a lo dispuesto en la CE, los Estatutos de Autonomía, el Derecho Comunitario y los Tratados o Convenios internacionales celebrados por España). Y respecto a la jerarquía de los reglamentos entre sí, las citadas normas siguen diciendo que los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía: “*Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente o del Consejo de Ministros y disposiciones aprobadas por Orden ministerial*”. El art. 128.3 LPACAP establece con carácter general, a este respecto, que “*ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otros de jerarquía superior*”.
- El **procedimiento para la elaboración de los reglamentos** (epígrafe siguiente)

B) **Límites sustanciales o materiales.** Hacen referencia, al respeto a los **PGD**, como son los de seguridad jurídica, confianza legítima, proporcionalidad, irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables y restrictivas de los derechos individuales, así como el de **interdicción o prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos**. Ligado a este último principio se halla otro inferior al que la doctrina denomina **inderogabilidad singular de los reglamentos** (art. 23.4 de la Ley 50/1997) en el sentido de que las resoluciones administrativas singulares o particulares no pueden vulnerar lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que haya aprobado aquél (por ejemplo, un Ministro no puede conceder una autorización a una persona determinada por un acto administrativo singular, por no permitirlo, con carácter general, una Orden ministerial, que es aprobada por autoridad del mismo rango).

6. PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE LOS REGLAMENTOS.

En la tramitación del procedimiento de elaboración de los reglamentos se distinguen estas fases siguiendo el esquema del art. 24 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno:

- 1) Decisión del centro directivo competente ordenando la elaboración del correspondiente **proyecto**.
- 2) Al proyecto debe acompañarse un **informe sobre la necesidad y oportunidad** del nuevo reglamento y una **memoria económica** que contenga la estimación del coste.
- 3) Elaborado el proyecto, deberán recabarse los **informes o dictámenes** de la **Secretaría General Técnica del Ministerio** correspondiente, del **Ministerio Hacienda y Función Pública** si el reglamento estatal afecta al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, y del **Consejo de Estado** (cuando se trate de reglamentos ejecutivos de leyes estatales). El proyecto además, podrá someterse a **información pública** en un plazo no inferior a 15 días si el reglamento pudiera afectar a derechos o intereses legítimos de las personas. Este plazo puede verse reducido a siete días por motivos justificados o incluso no proceder por razones de interés, a juicio del órgano competente.

Una vez aprobado el reglamento deberá publicarse en el BOE (si es estatal), entrando en vigor a los 20 días de su entera publicación, salvo que dispusiere otra fecha para su eficacia material, en los mismos términos que los establecidos para las leyes en el art. 2.1 CC.

7. INAPLICACION Y ANULACION DE REGLAMENTOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Si los reglamentos no respetan los límites anteriormente señalados, se oponen al ordenamiento jurídico vigente y se convierten en **reglamentos ilegales**. Estos reglamentos ilegales constituyen un fenómeno sumamente grave para la vida jurídica, ya que perturban la recta constitución del ordenamiento, sobre todo el **principio de seguridad jurídica** o la **certeza del Derecho**. Por lo tanto, el derecho debe reaccionar con medios energicos frente a dichos reglamentos, que técnicamente son calificados de **nulos de pleno derecho**. Estos medios son los siguientes:

- **La inaplicabilidad judicial:** la mera publicación de un Reglamento no implica sin más su aplicación, porque antes de llegar a ésta, ha de cuestionarse por todos los destinatarios y, substancialmente, por los Jueces, si esa aplicación no implica la inaplicación de una Ley. Tratándose del Poder judicial, el art. 6 de la LOPJ 6/1985 establece que “*los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la CE, a la ley o al principio de jerarquía normativa*”. Además el art. 117

CE declara que los Jueces y Tribunales están sometidos únicamente al imperio de la ley, lo que les obliga más enérgicamente a buscar el respaldo legal de todo reglamento.

- **La revisión de oficio del reglamento por la propia Administración**, según el art. 106 LPACAP.
- **El recurso contencioso-administrativo**, que es el procedimiento ordinario de revisión de reglamentos ilegales. Los reglamentos pueden ser impugnados ante esta jurisdicción sin necesidad de ningún recurso administrativo previo, como se exige normalmente para la impugnación de los actos administrativos. Es lo que se denomina **recurso directo** contra reglamentos, que es posible interponer en el plazo improrrogable de 2 meses (art. 46 de la **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa - LJCA**). Pero cabe también el **recurso indirecto**, a través del cual lo que se impugna realmente es un acto administrativo dictado en aplicación de un reglamento ilegal, acto que previamente ha sido recurrido sin éxito en la vía administrativa (recursos de alzada o reposición).

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 13

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. POLÍTICAS Y MEDIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO. NORMATIVA VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. PLAN DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. BREVE REFERENCIA A LA LEY 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.

1. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO.

La desigualdad histórica entre hombres y mujeres aún no se había erradicado completamente al finalizar el Siglo XX. En los albores del S XXI, casi todos los Gobiernos europeos han comenzado a trazar políticas y medidas tendentes a conseguir la igualdad real entre ambos sexos. Tales medidas se han ido aprobando bajo el auspicio de la Unión Europea que, inicialmente, disponía de una normativa ciertamente escasa.

En el plano internacional merecen citarse la **Carta de las Naciones Unidas de 1945**, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**, y la **Declaración sobre eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967**. Por lo que a España respecta, el marco jurídico inicial de referencias nuestro Texto Constitucional de 1978, y dentro de él merecen relatarse una serie de preceptos que consideramos esenciales:

- a) El art. 14 CE proclama categóricamente la igualdad por razón de sexo o **igualdad de género**, al establecer 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”*.
- b) El art. 32.1 proclama la igualdad jurídica del hombre y de la mujer dentro del matrimonio. El hombre y la mujer *“tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*.
- c) El art. 35 dispone que *“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. POLITICAS Y MEDIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO.

Las primeras actuaciones en relación a las políticas de igualdad de género aparecen en España en la **Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida familiar y laboral**, con políticas tales como conciliar, efectivamente, la vida laboral y familiar, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, estableciendo para ello, entre otras medidas, la ampliación de los supuestos para la reducción de jornada o la excedencia para el cuidado de familiares.

Posteriormente, el **4 de Marzo de 2005**, el Consejo de Ministros aprobó una serie de Acuerdos para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres, adoptando ya medidas relacionadas con el empleo público, la protección de la maternidad y la cooperación internacional, encargando al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la puesta en marcha y desarrollo de dichas medidas.

Fruto de esos Acuerdos son una serie de disposiciones reglamentarias aprobadas entre las que destacan:

- Una **Orden ministerial de 7 de Marzo de 2005**, que aprueba el **Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado**. Esta Orden se limita a disponer la publicación de uno de los Acuerdos del Consejo de Ministros, el ya referido de 4 de Marzo del mismo año.
- Una **Orden ministerial de Defensa**, de la misma fecha, por la que se aprueban medidas para favorecer la **incorporación y la integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas**.
- Un **Real Decreto, de 4 de Marzo de 2005**, que desarrolla una serie de medidas protectoras en caso de Violencia contra la Mujer, previstas en la **Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género**.

3. NORMATIVA VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

1) En el Ordenamiento nacional.

Además de la normativa constitucional mencionada y los preceptos reglamentarios citados, al abrigo de los Acuerdos del Gobierno de marzo de 2005 el régimen jurídico regulador del principio de igualdad de género, se completa con los siguientes textos normativos:

- a) **La Ley Orgánica 15/2003 que modifica el Código Penal en materia de violencia doméstica.**
- b) **Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género**, mediante la que se crean los **Juzgados de Violencia contra la Mujer**.
- c) **RD 233/2005**, que normaliza la puesta en funcionamiento de los Juzgados de Violencia de Género.
- d) **Ley Orgánica 3/2005**, ampliatoria de la LOPJ, con el fin de perseguir la mutilación genital femenina.
- e) Por último, la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres**.

2) En el Ordenamiento comunitario.

En el ordenamiento de la UE destacan, en principio, las siguientes normas:

- La **Directiva 75/117/CEE, de 10 de Febrero de 1975**, que desarrolla el **principio de igualdad de retribuciones para el hombre y para la mujer que ocupen el mismo puesto de trabajo**.
- La **Directiva 76/207/CEE, de 9 de Febrero de 1976**, que desarrolla el **principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere de acceso a empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo**, modificada por la **Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002**.
- La **Directiva 79/7/CEE, de 16 de Diciembre de 1978 de aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social**.
- La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000**, aprobada durante la Cumbre Europea de NIZA, que establece que “*todas las personas son iguales ante la ley*” (art. 20), prohibiéndose “*toda discriminación, y en particular, la ejercida por razón de sexo.*” (art. 21). Posteriormente, en el año 2007 se adapta y mejora en Estrasburgo donde en su art. 23 se menciona expresamente que “*el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado*”.
- Finalmente, la **Directiva 2002/73/CEE**, que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 3/2007 anteriormente citada.

Aparte, y aunque resulte prolíjo, enumeramos resto de normativa aplicable al caso (SÓLO LECTURA)

- Arts 2 y 3, apartado 3, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE),
- Art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH),
- Convención de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo,
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo,
- Resolución legislativa, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva sobre el **permiso de maternidad**),
- Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición),
- Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro,
- Directiva 2013/62/UE del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 del Consejo, que modifica la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el **permiso parental**, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, como consecuencia de la modificación del estatuto de Mayotte respecto de la Unión Europea,
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (**Convenio de Estambul**),
- Conclusiones del Consejo, de 16 de junio de 2016, sobre igualdad entre hombres y mujeres,
- Conclusiones del Consejo, de los días 2 y 6 de junio de 2014, sobre la prevención y la lucha contra todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la **mutilación genital femenina**,
- Conclusiones del Consejo, de 7 de diciembre de 2015, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la adopción de decisiones,
- Comunicación de la Comisión titulada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»,
- Resolución, de 25 febrero 2014, sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres,
- Resolución, de 3 de febrero de 2016, sobre la nueva estrategia para la igualdad de género y los derechos de las mujeres en Europa después de 2015,
- Resolución, de 8 de marzo de 2016, sobre la situación de las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE,
- Resolución, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE,
- Resolución, de 26 de mayo de 2016, sobre pobreza y perspectiva de género,
- Resolución, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género,

4. PLAN DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO.

Se regula en la Orden ministerial de 7 de Marzo de 2005, siendo éstas las medidas adoptadas:

A) Para promover la igualdad de género en el acceso al empleo público:

a) Indicación en las **convocatorias** de procesos selectivos de la existencia de **infrarrepresentación**, incluyendo un párrafo que señale si existe en el Cuerpo correspondiente infrarrepresentación de alguno de los dos sexos. Asimismo, las bases de la convocatoria recogerán el deber de los Tribunales o Comisiones de selección de cumplir el art. 14 CE.

b) Existencia obligada de **órganos de selección paritarios** o de igualdad entre ambos性os

c) **Reserva de puestos de trabajo:** se acuerda establecer un porcentaje de reserva, de al menos un 5%, para el acceso a aquéllas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina.

B) Para favorecer la promoción de las empleadas públicas.

a) Cuando se trate de cubrir **puestos de trabajo directivos o predirectivos** a través del sistema de libre designación, las propuestas de la Dirección General de la Función Pública incluirán dos mujeres entre los cuatro candidatos.

b) En los **cursos de formación** impartidos por el Instituto Nacional de las Administraciones Públicas, se reserverá al menos el 40% de las plazas para mujeres que reúnan los requisitos legales.

c) En la composición de los **órganos colegiados y comités de expertos** deberá existir paridad entre sus miembros.

C) Para conseguir la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

a) Establecimiento de una **Jornada a tiempo parcial**, con la correspondiente disminución retributiva, para aquellas mujeres que tengan a su cargo personas de la 'tercera edad, hijos menores de 12 años o personas discapacitadas.

b) Modificación posible del **horario fijo**, pero con mantenimiento íntegro, aunque flexible, de su jornada laboral

c) En las **bases de los concursos** para la provisión de puestos de trabajo, se tendrán en cuenta, a efectos de méritos a reconocer, motivos de guarda y cuidado de menores o atención a personas mayores.

d) Con objeto de poner en práctica una política que permita la **conciliación de la vida familiar y laboral** en el ámbito de la Administración General del Estado, el Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas ha aprobado el **Plan CONCILIA**, que introduce nuevas medidas en orden a la flexibilidad horaria, ampliación del permiso de paternidad a 10 días (**ampliado en febrero de 2016 a 4 semanas**), posibilidad de acumular el permiso de lactancia en jornadas completas, y permiso de adopción internacional de hasta 2 meses, cuando sea necesario trasladarse al país de origen del adoptado.

D) Contra la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, establece medidas de protección integral contra la violencia de género con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar la violencia ejercida sobre las mujeres y prestar asistencia a las víctimas. Las medidas genéricas son las siguientes:

- **Inserción laboral** (elaboración de un Plan específico para la inserción laboral de mujeres maltratadas, previa concertación con las Comunidades Autónomas).
- **Teleasistencia** (se acuerda suscribir convenios de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el CGPJ, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española, para la implantación de un servicio de teleasistencia a las víctimas de la violencia de género).
- **Atención sanitaria.**

- **Vivienda pública** (en cada Plan de Vivienda se atribuirá un porcentaje de viviendas protegidas a mujeres maltratadas).

Y como medida política se crea por el Art. 29 de la **Ley Orgánica 1/2004 la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer**, con rango de Dirección General y dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría General de Políticas de Igualdad.

Y en el plano puramente administrativo, se crea la situación administrativa de **excedencia con reserva de plaza por violencia de género** (recogida en la nueva Ley del Empleado Público de 2007), se tipifica en el Reglamento de Régimen Disciplinario el **acoso sexual y laboral** en las relaciones profesionales de los empleados públicos, y finalmente, la adopción de las medidas oportunas para hacer efectivo el **derecho preferente en la provisión de puestos de trabajo de quienes hayan sido víctimas de la violencia de género**.

E) **La Administración Militar:** medidas relativas a la presencia de la mujer en las Fuerzas Armadas. La incorporación de la mujer a las FAS en 1988 mediante un **Decreto-Ley de 22 de Febrero de 1988**. El principio de igualdad se reconoce también en la vigente **Ley 39/2007, del Personal Militar profesional**, que regula una carrera profesional exactamente igual para hombres y mujeres y sin que exista ningún destino vetado a estas últimas, incluidos los de tipo táctico u operativo. En la actualidad, el número de mujeres militares está en torno al 15% sobre el total de efectivos de las FAS, lo que revela que España es el país miembro de la OTAN que ha adquirido ese porcentaje en menos tiempo.

Las medidas que se han aprobado para favorecer la incorporación y la integración de las mujeres en las FAS son éstas:

- La creación del **Observatorio de la Mujer en las FAS**, que tiene la misión de analizar los procesos de selección y las situaciones de integración y permanencia de las mujeres en las FAS, así como realizar un estudio de impacto de género.
- Participación femenina en las **Juntas de evaluación**.
- Adecuación del régimen disciplinario de las FAS en relación con el **acoso sexual**.
- Por último, medidas para la **adecuación de los alojamientos** a sus condiciones de vida.

Y en relación con las **medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral** de las mujeres militares, se citan las siguientes:

- **Escuelas infantiles en establecimientos militares** (se aprueba un programa de creación de 25 escuelas infantiles en establecimientos militares de Madrid, Galicia, Extremadura, Andalucía, etc...).
- **Excedencia voluntaria por cuidado de los hijos en las FAS** (se amplía el tiempo de reserva del destino a las mujeres en esas circunstancias, de modo que se equiparen al del personal femenino de la Administración Civil).

5. BREVE REFERENCIA A LA LEY ORGANICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.

La Ley Orgánica 3/2007, para conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se aprueba por las Cortes Generales ante la insuficiencia de la igualdad formal que se proclama en el art. 14 CE. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral familiar, muestran cómo la igualdad efectiva y plena

entre hombres y mujeres, es aún todavía una tarea pendiente que precisa nuevos instrumentos jurídicos. Tal vez la **mayor novedad** de esta Ley radique en la **prevención** de esas conductas discriminatorias y en la **previsión** de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

Las políticas y medidas establecidas en la Ley 3/2007 son básicamente las siguientes:

1º) Principio de igualdad y tutela.

El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone la ausencia de todas discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Este principio se manifiesta en la incorporación a la Ley de una serie de medidas destinadas a su consecución, destacando, entre otras:

- Representación equilibrada entre hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los Poderes públicos.
- La reforma de la LOREG, para garantizar una composición equilibrada de ambos sexos en las listas electorales.
- Obligación de los medios de comunicación de titularidad pública de velar por una transmisión igualitaria y no estereotipada de las mujeres, de utilizar un lenguaje no sexista y colaborar en campañas institucionales dirigidas al fomento de la igualdad y a erradicar la violencia de género.
- Fomento para el acceso de la mujer a las nuevas tecnologías, especialmente en zonas y colectivos de mujeres en que se detecte un especial retraso.

2º) Igualdad Laboral.

- Posibilidad de que la negociación colectiva establezca medidas positivas favorecedoras del acceso al empleo de las mujeres y eliminación de situaciones de discriminación en sus condiciones de trabajo.
- Derecho del trabajador/a, a adaptar la duración y distribución de su jornada de trabajo.
- Planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores.
- Ampliación de hasta 13 semanas del permiso de maternidad en caso de partos prematuros y en los que el nacido necesite hospitalización.
- Reconocimiento de un permiso de paternidad autónomo del de la madre de 13 días por nacimiento, adopción o acogimiento, ampliado en febrero de 2016 a 4 semanas

3º) Igualdad en materia de Seguridad Social.

- Ampliación a 7 años del período en que se debe haber cotizado 180 días para tener derecho a la prestación por maternidad.
- Las mujeres menores de 21 años no tendrán que acreditar período previo de cotización para acceder a dicha prestación.
- Se crea un subsidio par maternidad para las trabajadoras que no reúnan el período de cotización mínimo para acceder a la prestación por maternidad.
- Se establece la consideración, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, de *cotizada la jornada completa* en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijos (durante los 2 primeros años) o familiares (durante el primer año).

4º) Igualdad en materia de acceso al Empleo público.

Para garantizar dicha igualdad se arbitran estas medidas:

- Prohibir que las convocatorias de acceso contengan requisitos que sean perjudiciales para las mujeres o para un colectivo predominantemente femenino.
- Reserva del 40% de plazas para mujeres en cursos de formación y preferencia en esos cursos a quienes se incorporen al servicio activo después de ejercitar derechos derivados de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.
- Incorporación de la igualdad en las pruebas de acceso al empleo público y en todas las acciones formativas de la Administración General del Estado.

5º) Igualdad de trato en el acceso de bienes y servicios.

- Se dispone el cumplimiento de la igualdad en el suministro de bienes y servicios disponibles para el público y del principio de libre elección de la parte contratante, salvo que dicha elección venga determinada por el sexo.
- Se establece la prohibición de hacer indagaciones sobre el embarazo de la contratante (salvo por razones de protección de la salud), de considerar el sexo o los costes relacionados con el embarazo y la maternidad como factor del cálculo de primas y prestaciones en los contratos de seguros o servicios financieros.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 27

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE SU PERSONAL. EL SENTIDO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. CONCEPTO Y DESLINDE DE FIGURAS PRÓXIMAS. LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA. LOS PROCEDIMIENTOS PARA SU EXACCIÓN. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE SU PERSONAL.

La Administración no sólo está sujeta a la garantía que suponen los controles administrativos (recursos) y judiciales, sino que el sistema se completa con la regulación de las consecuencias patrimoniales que tiene cualquier actuación administrativa que produzca daños y perjuicios en los derechos e intereses de los ciudadanos. Durante gran parte del Siglo XIX no existía la posibilidad legal o real de reclamar una indemnización a la Administración por daños derivados de algunas de sus actuaciones. Lo que se admitía por la Jurisprudencia en algunos países era trasladar la responsabilidad al funcionario o agente causante del daño, cuando en el ejercicio de sus funciones hubiera ocurrido en dolo, culpa o negligencia. Y este fue el sentido que acogió el **art. 1902 del CC** al regular la culpa extracontractual por hechos propios: "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*" preceptuando el **art. 1903** 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*".

Posteriormente y conforme a la legislación civil, se empieza a aceptar también una **responsabilidad civil subsidiaria del Estado** por los daños causados por sus funcionarios o agentes en el ejercicio de sus competencias, mediando siempre culpa o negligencia de éstos, hasta culminar con la doctrina iniciada por el Consejo de Estado francés, que dictaminó la existencia de un régimen de responsabilidad especial de Derecho público basado en la distinción entre falta (o culpa) personal del funcionario o agente causante del daño, derivada de una actuación al margen del servicio, y falta del servicio, con origen en una acción propia del servicio público. En estos casos, se desconoce al agente causante del daño o éste deriva de las deficiencias de la organización, y la responsabilidad deja de ser subsidiaria para convertirse en directa, debiendo dirigirse a la Administración la reclamación correspondiente.

Este sistema de responsabilidad directa y por culpa, o subjetiva (en virtud de una actuación ilegal o no plenamente conforme a Derecho, o cuando menos, negligente) se extendió después a otros muchos ordenamientos europeos y es el modelo que rige en el ámbito de la Unión Europea.

2. EL SENTIDO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION.

En España, la singularidad del modelo de responsabilidad por daños de la Administración, reside en la **sustitución de la responsabilidad directa y subjetiva** por otra asimismo directa, objetiva, con lo que se aparta de la responsabilidad del CC al no requerir de culpa o actividad ilícita para concretarse. Basta la producción del daño en la actuación administrativa para que la Administración responda directamente.

Este es el sentido del **art. 121** de la **Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF)**, aun en vigor, que nos habla de daños sufridos por los particulares siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Esta norma contó enseguida con el apoyo de la

doctrina mayoritaria (**GARCIA DE ENTERRIA**), favorable a una aplicación extensa de la LEF, suficiente para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública como una especie de **seguro de solidaridad colectiva** para aquellos que, en sus relaciones con la Administración, sufran algún tipo de perjuicio o sacrificio en sus bienes o derechos, por más que la actividad dañosa sea impecable desde el punto de vista de la legalidad. El propio autor afirma que el establecimiento de este régimen de responsabilidad de la Administración constituye, en unión de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa los pilares para la construcción de un DA como Derecho garantizador.

3. CONCEPTO Y DESLINDE DE FIGURAS PROXIMAS.

Para explicar este peculiar régimen jurídico, lo primero es definir qué se entiende por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Y así podemos decir que es el **deber legal de la Administración de reparar daños y perjuicios causados a otros sujetos de derecho, que derive de sus actividades y que aquellos no tengan la obligación de soportar**. Pero esta definición amplia ha de precisarse, por cuanto la causa del deber de indemnizar no es la misma en todos los casos, de ahí su separación o deslinde de otras figuras afines. Por ello, **no caben dentro del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado:**

- La obligación de la Administración de indemnizar a aquellas personas con las que mantiene una **relación contractual**, por incumplimiento del contrato o en virtud de resolución del mismo. Aunque la legislación de contratos del Sector público (**Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014**) no excluye expresamente la responsabilidad de origen contractual, bajo dicho concepto la doctrina y la jurisprudencia aluden unánimemente a la responsabilidad extracontractual, es decir, fuera o al margen de los contratos. Frente a esta responsabilidad contractual se alza en sentido contrario la llamada **responsabilidad extracontractual o aquilana** (Lex Aquila, Derecho Romano), regulada en el art 1902 del CC.
- Tampoco comprende este concepto los deberes indemnizatorios que surgen de la **expropiación forzosa**, a pesar de los perfiles borrosos que ha asumido el concepto material de expropiación en nuestro Derecho (Tema 32). En términos generales podemos afirmar que en la expropiación el deber de indemnizar deriva de una privación de derechos patrimoniales, por lo que es necesario compensar al expropiado con el justo precio del bien o derecho perdido (**garantía patrimonial del expropiado**).
- Por último, tampoco tienen este carácter las **prestaciones o compensaciones económicas decididas por Ley** para amortiguar el efecto de opciones legales lícitas (compensación a ciertos funcionarios, por la reducción de la edad legal de jubilación).

4. LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.

El art. 106.2 CE recoge el **principio de responsabilidad de la Administración**, reconociendo el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Este precepto se desarrolla en las Leyes 39/2015 LPACAP (regula los procedimientos de reclamación de la responsabilidad patrimonial) y la 40/2015 LRSJP (regula entre otros, art. 1, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas).

Los principios de la responsabilidad patrimonial se regulan en el art. 32 LRJSP:

1) Los particulares tendrá **derecho a ser indemnizados por las AAPP** correspondientes, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El daño o perjuicio ha de ser antijurídico, es decir, sólo serán indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que el particular no tiene el deber jurídico de soportar (no es lesión, por tanto, pagar los impuestos debidos).

2) En todo caso, el daño alegado habrá de ser **efectivo, evaluable económico e individualizado** con relación a una persona o grupo de personas.

3) Las AAPP indemnizarán a los particulares por la aplicación de **actos legislativos de naturaleza no expropiatoria**. En relación a esos actos legislativos, el TC ha declarado la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley de cuya aplicación se hayan derivado perjuicios evaluable, así como supuestos de responsabilidad del Estado por la aplicación de una Ley no ilícita, siempre que se produzcan daños singularizados y valorables a determinadas personas, a pesar de la generalidad de su mandato.

4) La responsabilidad patrimonial del Estado por el **funcionamiento de la Administración de Justicia** se regirá por la LOPJ. El art. 121 CE dispone que los daños 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. El error judicial, según doctrina del TS debe ser **evidente, craso y palmario**, ya sea de hecho o de derecho; debe ser recogido por una decisión judicial, y una vez declarado el error, el interesado debe dirigir una petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia. Un caso específico de error judicial es el que afecta a quienes habiendo sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado. En cambio, no hay error judicial indemnizable si la absolución ha sido por falta de pruebas. Y por lo que se refiere al **funcionamiento anormal de la Justicia**, puede producirse por causas diversas, ya sean durante el proceso (dilaciones excesivas que causen daños irreparables) o fuera del proceso (pérdida, sustracción o deterioro de objetos bajo depósito judicial). La reclamación se dirige al Ministerio de Justicia con informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial.

5) La **indemnización se calculará** por el Consejo de Ministros, mediante un procedimiento tramitado por el Ministerio de Justicia, oído el Consejo de Estado, a abonar cuando por parte del TC se haya declarado, a instancia de parte, la existencia de funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. Y en cuanto al **momento de la valoración**, la Ley dice que se calculará con referencia al día en que efectivamente se produjo la lesión, incrementada con el abono de los intereses de demora, si trascurren 3 meses sin que la Administración haya pagado la indemnización, indemnización, por otra parte, que podrá ser actualizada conforme al IPC.

6) Serán indemnizables los daños producidos a terceros **durante la ejecución de contratos del sector público**, cuando sean consecuencia de una **orden directa** e inmediata de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por la misma, siguiéndose el procedimiento previsto en el LPACAP.

7) Para el caso de **responsabilidad concurrente** de diversas AAPP, responderán de manera solidaria.

INDEMNIZACION

Sólo son indemnizables las lesiones producidas al particular que provengan de daños que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art. 34), no siendo indemnizables los daños procedentes de fuerza mayor.

Será calculada de acuerdo a los criterios de valoración establecidos en cada momento según la normativa vigente, y siempre de acuerdo a la **lesión efectivamente producida**, sin perjuicio de su actualización (si procede). Podrá ser sustituida por una compensación en especie o ser abonada en pagos periódicos, siempre que exista acuerdo entre ambas partes.

5. LOS PROCEDIMIENTOS PARA SU EXACCION.

Procedimiento ordinario iniciado de oficio por la Administración. Es necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado, así como la notificación del acuerdo de iniciación a los particulares presuntamente lesionados, a los que se les concederá un plazo de 10 días para que aporten alegaciones y documentos, si así lo estiman. El procedimiento iniciado se ha de instruir aún sin la personación de los particulares en los plazos establecidos (art. 65 LPACAP).

Procedimiento ordinario a solicitud del interesado (arts. 67 y 91 LPACAP). **El plazo para reclamar prescribe al año** de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse el hecho lesivo. En caso de daños físicos o psíquicos el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el ámbito de la AGE la resolución corresponde al Ministro correspondiente, o al Consejo de Ministros para los daños provenientes de actos legislativos. **El plazo para resolver es de 6 meses** y transcurrido el mismo o el superior que resulte si se autoriza la práctica de pruebas, se entiende que la reclamación ha sido desestimada por silencio negativo, todo ello a efectos de interponer el recurso contencioso-administrativo (art. 2.e LJCA).

Tramitación simplificada. Se admite (art. 96), siempre que la valoración del daño y la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento de los servicios sea inequívoca. Este procedimiento debe estar resuelto en el **plazo de 30 días**.

6. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

En nuestro sistema domina el **principio de responsabilidad directa de la Administración**, de ahí que para hacer efectiva esa responsabilidad disponga el art. 36 LRJSP que los particulares exigirán directamente a las AAPP las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Si el perjuicio que repara la Administración obedece manifiestamente a una actuación dolosa o culposa de aquéllos, no parece justo que pague sin más la Hacienda Pública. Por ello, si el daño se hubiera producido por dolo, culpa o negligencia grave de las autoridades o funcionarios, la Administración debe dirigirse contra el responsable mediante el ejercicio de una **acción de regreso**. En el procedimiento administrativo de derivación de la responsabilidad se ponderarán, entre otros criterios, el resultado dañoso, la intencionalidad, la responsabilidad profesional del funcionario y su vinculación con la producción del daño.

Este procedimiento se sustanciará conforme a lo previsto en la LPACAP, iniciándose por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que ha de constar, al menos, de los siguientes trámites:

- **Alegaciones** durante un plazo de 15 días.
- **Práctica de las pruebas admitidas** durante un plazo de cinco días.
- **Audiencia** durante un plazo de 10 días (art. 36 LRJSP).
- **Formulación de propuesta de resolución** en un plazo de 5 días, desde la finalización del trámite de audiencia.

- **Resolución** en un plazo de 5 días. Será ejecutiva y pone fin a la vía administrativa, sin perjuicio de su posible impugnación ante la vía contencioso-administrativa.

No obstante, esta responsabilidad se considera sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades penales a que hubiere lugar.

Responsabilidad penal.

La única excepción a la imposibilidad de exigir directa y personalmente la responsabilidad de las autoridades y funcionarios reside en aquellos supuestos en que éstos incurran en responsabilidad penal.

Según el art. 37, y conforme al Código Penal, no sólo les exige la responsabilidad criminal sino también la civil o patrimonial derivada de la comisión del delito, pudiendo la Administración asumir una responsabilidad civil subsidiaria.

Responsabilidad disciplinaria.

Esta responsabilidad es complementaria de la responsabilidad patrimonial exigible. La Administración, a través del correspondiente procedimiento sancionador, puede exigirla a sus funcionarios y empleados públicos, según la Ley que aprueba el Estatuto del empleado público (**RDLeg 05/2015**).

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 28

EL PATRIMONIO DE LAS AAPP. PATRIMONIO DEL ESTADO. ADQUISICIÓN DE BIENES Y DERECHOS.

1. EL PATRIMONIO DE LAS AAPP.

El art. 132 CE dispone que “*la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación*” añadiendo en su apartado 2º, en alusión parcial al dominio público marítimo, que “*son bienes de dominio público 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*”.

En desarrollo de este precepto constitucional se publica la **Ley 33/2003, del Patrimonio de las AAPP**, que por primera vez pretende abordar una regulación general con una visión integral. La citada Ley no se limita a regular el Patrimonio del Estado (como hacía su predecesora, la **Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de Abril de 1964**) sino que establece las bases del régimen patrimonial de las AAPP (art. 1), de manera que su **ámbito de aplicación**, junto a la AGE, abarca a todas las AAPP. La Ley 33/2003 tiene **carácter supletorio**, es decir, se aplica en ausencia de leyes específicas sobre la materia (Ley de Aguas de Costas, de Minas, etc.).

Las normas reguladoras del patrimonio público, de los bienes públicos, atienden esencialmente a su finalidad, y en este sentido el régimen jurídico de dichos bienes se dirige a su protección, para lo cual se dota a la Administración de importantes prerrogativas (**deslindes, registros, recuperación de oficio de los bienes usurpados**, etc.), y a muchos de sus bienes de notables privilegios (**inalienabilidad, imprescriptibilidad, e inembargabilidad**). Lo que importa es el destino, la finalidad de dichos bienes. Y el destino de muchos de esos bienes es el uso público, aunque el destino normal de otros sea el uso privativo o singular. Pero el destino normal de playas, calles, parques o caminos es su **disfrute público**. Se trata de protegerlos para que todos puedan usarlos.

El patrimonio de las AAPP se integra, de una parte, por los **bienes de dominio público o bienes demaniales** (siguiendo la terminología del Derecho Romano), sujetos a un régimen jurídico público, y de otra, por los **bienes patrimoniales o bienes privativos** o propios de cada Administración, sujetos en este caso a un régimen jurídico privado. El dominio público está formado por el conjunto de bienes de titularidad de las AAPP (los bienes de esta naturaleza, que son de todos los ciudadanos, carecen de un titular efectivo y por tanto este rol dominical se atribuye por la Ley a las AAPP, pero la naturaleza jurídica del dominio público ha sido ampliamente debatida por la doctrina). No está claro si se trata de una forma especial de propiedad, ya que la Administración asume un conjunto de facultades semejantes a las de cualquier propietario (recuperar su posesión, inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad), pero carece de facultades de disposición, mientras que su uso, además de a la Administración, corresponde a los ciudadanos, como uso general o como uso privativo. Aunque **lo que explica y distingue el régimen jurídico de estos bienes es su afectación a un fin de interés público**.

Por último, conviene reseñar que la Ley 33/2003 ha sido desarrollada por un **Reglamento General, aprobado por Decreto de 28 de Agosto de 2009**, que se dirige a complementar exclusivamente la regulación del Patrimonio privado de las AAPP (o bienes patrimoniales de las mismas, para diferenciarlos de los bienes de dominio público o bienes demaniales).

1. **Concepto legal de Patrimonio de las AAPP.** Conjunto de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y su título de adquisición, no formando parte de él el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su Tesorería, incluyendo a las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las CCAA y Entidades locales (art. 3).
2. **Clasificación.** Por razón de su régimen jurídico, los bienes integrantes del patrimonio de las AAPP puede ser: **Bienes y derechos de dominio público** los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como todos aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales. En todo caso son bienes de dominio público estatal los mencionados en el art. 132 CE, así como los inmuebles propiedad de la AGE y Organismos públicos a ella vinculados en los que se alojen oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado. Y **Bienes y derechos de dominio privado** los que siendo de titularidad pública no tengan el carácter de demaniales (art.7).
3. **Principios básicos de bienes y derechos demaniales en relación a su gestión y administración:**
 - a. **Inalienabilidad** (imposibilidad de venderlos o enajenarlos), **Inembargabilidad** e **Imprescriptibilidad** (no sujetos a plazos de prescripción por inactividad de la Administración).
 - b. **Adecuación y suficiencia** de los mismos para servir al uso general o al servicio público.
 - c. Aplicación efectiva al **uso general o al servicio público**.
 - d. Dedicación preferente al **uso común frente al uso privativo**.
 - e. Ejercicio de las **prerrogativas** señaladas en la Ley.
 - f. Identificación y control por medio de Inventarios y Registros adecuados.
4. **Principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales** (art. 8), en relación su gestión y administración:
 - a. **Eficiencia y economía** en su gestión.
 - b. **Eficacia y rentabilidad** en su explotación.
 - c. **Publicidad, transparencia, concurrencia y efectividad** en la adquisición, explotación y enajenación Identificación y control a través de Inventarios y Registros.

2. PATRIMONIO DEL ESTADO.

El Patrimonio del Estado (PE) es el patrimonio de la AGE más el patrimonio de los Organismos públicos que se encuentren ligados a aquélla. La gestión, administración y explotación de los bienes y derechos de dicho Patrimonio, sólo de titularidad de la AGE, corresponde al Ministerio de Hacienda a través de la **Dirección General del Patrimonio del Estado (DGPE)**, y la de los Organismos públicos integrantes de la AGE corresponderá a esos Organismos, de acuerdo con sus normas de creación, o de organización y funcionamiento o en sus estatutos, con sujeción en todo caso a lo establecido en la Ley 33/2003.

En relación a las actividades de gestión, administración y explotación del PE y otras de diversa naturaleza, la Ley regula las competencias de los diferentes órganos que intervienen (art. 10):

1. **Consejo de Ministros:**
 - a. Definir la política aplicable a los bienes y derechos que integran el PE.
 - b. Acordar o autorizar los actos de disposición, gestión o administración que la Ley le atribuye.
 - c. Las que le atribuye la Ley en relación a la optimización del uso de los edificios públicos y la gestión del Sector público empresarial en la AGE.

2. **Ministro de Hacienda:**
 - a. Proponer al Gobierno la aprobación de reglamentos para el desarrollo de esta Ley.
 - b. Velar por el cumplimiento de la política patrimonial defendida por el Gobierno.
 - c. Verificar la correcta utilización de los recursos inmobiliarios del PE.
 - d. Acordar o autorizar los actos de disposición, gestión o administración que la Ley le atribuye.
3. **Departamentos ministeriales:**
 - a. Ejecutar en el ámbito de sus competencias la política patrimonial aprobada por el Gobierno, y aplicar las directrices e instrucciones del Ministro de Hacienda.
 - b. Solicitar del Ministerio de Hacienda la adquisición de los bienes y derechos necesarios para el cumplimiento de los fines y funciones que tengan atribuidos
4. **Dirección General del Patrimonio del Estado:**
 - a. Elevar al Ministro de Hacienda las propuestas que estime convenientes para la adecuada utilización de los recursos patrimoniales de la AGE.
 - b. Supervisar, bajo la dirección del Ministro de Hacienda, la ejecución de la política patrimonial fijada por el Gobierno.
 - c. Acordar o autorizar actos de disposición, administración y explotación que la Ley le atribuye.

Las competencias relativas a la adquisición, gestión, administración y enajenación de bienes y derechos del PE **podrán ser objeto de desconcentración** mediante RD acordado en Consejo de Ministros, pudiendo avocar discrecionalmente el conocimiento y autorización de todas las competencias anteriores.

3. ADQUISICION DE BIENES Y DERECHOS.

Se regula en el Título I de la Ley 33/2003. Los modos de adquirir se establecen en el art. 15 y son en particular, además de los modos previstos en el ordenamiento jurídico, los siguientes:

- Por **atribución de la Ley**.
- A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad expropiatoria.
- Por **herencia, legado o donación**.
- Por **prescripción**.
- Por **ocupación**

Salvo disposición legal en contrario, estos bienes y derechos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público (art. 16).

Adquisición por atribución de Ley: La Ley contempla varios supuestos:

- La **adquisición de inmuebles que carecieren de dueño**, que corresponden a la AGE, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por su parte.
- Los **saldos y depósitos abandonados por sus titulares** en la Caja General de Depósitos o en Entidades financieras transcurridos 20 años sin haber realizado ningún acto de gestión. Su incorporación al PE así como la determinación de su destino corresponde a la DGPE.
- La **adjudicación de bienes y derechos en virtud de apremio administrativo**, se regirá por lo establecido en la LGT, y la adjudicación de bienes y derechos derivada de procedimientos judiciales de embargo seguirá la tramitación establecida en la Ley y posteriormente se incorporarán al patrimonio de la AGE.

Adquisiciones a título oneroso: Las adquisiciones de bienes y derechos por este título (con contraprestación) y de carácter voluntario, se regirán por la Ley 33/2003, y supletoriamente por las normas del Derecho privado, civil o mercantil.

Normas especiales de las adquisiciones hereditarias: Las adquisiciones por causa de muerte se entenderán deferidas a favor de la AGE en los casos en los que el testador señale como heredero a alguno de sus Órganos, a los órganos constitucionales del Estado o al propio Estado. Por otra parte, la aceptación de la herencia se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario, y la sucesión legítima o abintestato (hereda el Estado cuando no haya parientes) se regirá por las normas del Código Civil.

Adquisición a título gratuito: Además de las herencias, la aceptación de legados y donaciones a favor de la AGE corresponde al Ministro de Hacienda, salvo en los casos en que, con arreglo a la ley del Patrimonio Histórico Español, la competencia esté atribuida al Ministerio de Cultura.

Adquisición de bienes y derechos por prescripción adquisitiva: en este caso las AAPP se sujetarán a las normas contenidas en el Código Civil y en las leyes especiales.

Adquisición por ocupación: La adquisición de Bienes muebles por ocupación (el bien abandonado es “*res nullius*” o cosa de nadie y se convierte en propiedad del primer ocupante) se regulará por lo establecido en el Código Civil y leyes especiales.

Adquisiciones derivadas del ejercicio de la Potestad expropiatoria: se regirán por la **Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa**, LPACAP y LGT. La afectación del bien al uso general o al servicio público se entenderá implícita en la expropiación.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 29

PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO. INVENTARIO Y REGISTRO. INVESTIGACIÓN DE BIENES Y DERECHOS, DESLINDE, RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN Y DESAHUCIO ADMINISTRATIVO.

1. PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO.

Las AAPP, en su calidad de titulares legales de su patrimonio, están obligadas a proteger y defender su patrimonio. Para ello procurarán la **inscripción registral** de sus bienes y derechos ejercitando, cuando proceda, las potestades administrativas y acciones judiciales oportunas.

En conexión con estas obligaciones básicas, se encuentra el **deber de custodia** exigible en todo caso a los titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del PE.

Este sistema se arbitra en el **Título II de la Ley 33/2003**, mediante unan serie de técnicas de protección que tiene por objeto defender la identidad de los bienes públicos evitando su apropiación por terceros, su integridad, el correcto uso conforme a su destino y comprobando el cumplimiento efectivo de los requisitos o condiciones impuestas.

Este sistema de protección y defensa del Patrimonio obliga al legislador a establecer un **régimen de disponibilidad de bienes y derechos**, reproduciendo, al efecto, algunas de las normas contenidas en la LGP a propósito de los derechos de la Hacienda Pública. Este régimen especial es el siguiente:

- Los bienes y derechos de dominio público son **inalienables, imprescriptibles e inembargables**.
- 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.
- No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del PE, 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 Pleno del Consejo de Estado (arts. 30 Y 31)

2. INVENTARIO Y REGISTRO.

INVENTARIO.

Se trata de una obligación derivada de la general sobre protección del Patrimonio de las AAPP que el art. 32 proclama, al afirmar que están obligadas a inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio. A tal efecto, se crea un **Inventario General de Bienes y Derechos del Estado**, que incluirá la totalidad de los bienes y derechos que forman el PE, con excepción de aquellos que hayan sido adquiridos por los Organismos públicos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial una vez agotados sus fines.

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 AGE y sus Organismos (art. 33.4). En relación con cada bien o derecho, en el Inventario General se hará constar todos aquellos datos que se consideren necesarios para su gestión, y en su caso aquellas operaciones que de acuerdo con el PGCP den lugar a anotaciones contables.

Respecto a la **estructura y organización** del Inventario General, se halla a cargo del Ministerio de Hacienda a través de la DGPE y de las unidades correspondientes en materia de gestión patrimonial. Deberán constar los siguientes bienes y derechos del PE, ya sean demaniales o patrimoniales:

- Los **bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos** (hipotecas, servidumbres, censos, etc.).
- Los **derechos de arrendamiento** y cualesquiera otros de carácter personal, en virtud de los cuales se atribuye a la AGE el uso o disfrute de inmuebles ajenos.
- Los **bienes muebles y las propiedades incorporales** (como propiedad industrial o intelectual) cuyo inventario no corresponda llevar a los Departamentos ministeriales o a los Organismos públicos dependientes de la AGE o vinculados a ella.
- Los **valores mobiliarios y los títulos representativos de acciones y participaciones** en el capital de Sociedades mercantiles, o de obligaciones emitidas por éstas.

Además de este Inventario General, la Ley obliga a los Departamentos ministeriales, a través de sus unidades competentes, a inventariar los siguientes bienes y derechos del PE:

- Los bienes de dominio público sometidos a una legislación especial (aguas, minas, montes), cuya administración y gestión tengan encomendadas.
- Los bienes muebles adquiridos o utilizados por ellos.
- Los derechos de propiedad incorporal adquiridos o generados por la actividad del Departamento u Organismo o cuya gestión tenga encomendada.

REGISTRO.

Las AAPP, además de inventariar sus bienes, deberán adaptarse a un régimen registral. El art. 36 dispone que deben inscribir en los correspondientes Registros los bienes y derechos de su patrimonio, demaniales o patrimoniales, susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos Registros (además de los Registros generales existen **Catálogos o registros especializados**, como el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, que reconoce el Art. 16 de la **Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes**). Y si se trata de arrendamientos inscribibles conforme a la Legislación hipotecaria, la inscripción en este caso será potestativa para las AAPP. La inscripción deberá solicitarse por el órgano que haya adquirido el bien o derecho, o que haya dictado el acto o intervenido en el contrato que deba constar en el Registro, o en su caso, por aquél a quien corresponda su administración y gestión.

El art. 37 hace referencia a la obligación de inscribir los bienes y derechos en el Registro de la Propiedad, con sujeción a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en la Ley 33/2003. Con la inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad se evitan otras inscripciones en contrario. Más aún, la inscripción en el Registro de la Propiedad de fincas privadas colindantes con otras públicas, o de exceso de cabida de aquéllas, deberá ser comunicada por el Registrador a la Administración competente, para que pueda oponerse, si procede. Y en el caso de la inscripción de fincas que linden con el **dominio público marítimo-terrestre**, no puede practicarse si la Administración no certifica que no se invade el dominio público (art. 15 de la **Ley 22/1988 de Costas**).

3. INVESTIGACION DE BIENES Y DERECHOS.

Con el fin de determinar la titularidad de sus bienes y derechos cuando ésta no conste de un modo cierto, las AAPP ostentan la facultad de investigar la situación de aquéllos, siendo el órgano competente para acordar

en la AGE la incoación del procedimiento de investigación y resolver el mismo, el Director General del Patrimonio del Estado.

El **procedimiento de investigación** se iniciará de oficio, por iniciativa propia o por denuncia de los particulares. En este último caso, la DGPE resolverá sobre su admisibilidad y ordenará, en su caso, el inicio del procedimiento. Dicho acuerdo se publicará gratuitamente en el BOE, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar adicionalmente otros medios de difusión, y una copia del acuerdo se remitirá al Ayuntamiento donde radique el bien para su exposición pública en el tablón de anuncios.

En este procedimiento se podrán incorporar las alegaciones de los particulares afectados, y si se llega a la conclusión, terminado el procedimiento, de que hay pruebas suficientes de la titularidad jurídica del inmueble se dictará un **acto administrativo declarativo de la titularidad** procediendo a su tasación e inclusión en el Registro de la Propiedad.

Si el procedimiento se ha iniciado en virtud de denuncia, el denunciante tiene **derecho a recibir una compensación** equivalente al 10% del valor de la tasación (premio por denuncia del art. 48).

Si el expediente de investigación no fuere resuelto en el plazo de 2 años, contados a partir de la publicación del acuerdo de investigación en el BOE, el órgano instructor ordenará sin más el archivo de las actuaciones.

4. DESLINDE, RECUPERACION DE LA POSESION Y DESAHUCIO ADMINISTRATIVO.

DESLINDE.

La Administración dispone asimismo de la **facultad de deslinde** (fijar los límites) de sus propios bienes, que puede y debe ejercer cuando los límites sean imprecisos, mediante un acto administrativo dictado en procedimiento contradictorio (oposición de un tercero), inclusive cuando haya litigio sobre la titularidad de los bienes a deslindar (art. 50).

Para la doctrina y la Jurisprudencia tradicional, mediante esta potestad la Administración sólo podía declarar la posesión de sus bienes, quedando en todo caso la cuestión relativa a la propiedad a la Jurisdicción civil (art. 384 CC), a la que la propia Administración debía de acudir, ejerciendo en su caso las acciones declarativas procedentes. La legislación reciente, en la que domina la preocupación por la protección del dominio público, ha modificado sustancialmente el acto de deslinde. Es el caso de deslinde de costas, del dominio público hidráulico y de las vías pecuarias, que declara no sólo la posesión sino también la titularidad dominical a favor del Estado de los bienes deslindados y es título suficiente para rectificar las situaciones o inscripciones y registrar las contradictorias con el deslinde. Todo ello sin perjuicio de que los interesados puedan impugnar el acto administrativo de deslinde en la vía contencioso-administrativa (por infracción de las normas de competencia y procedimiento, según el art. 43.2), y ejercer las acciones civiles que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, con excepción de las acciones posesorias para "recuperar la posesión".

RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN.

La Administración también puede recuperar de oficio, mediante un acto administrativo, la posesión de sus bienes. Esta **potestad de recuperación o reintegro posesorio**, la puede ejercer sin límite temporal alguno cuando atañe a bienes de dominio público, o en el plazo de un año desde la usurpación de la posesión si se

trata de bienes patrimoniales (art. 55), siempre que aporte una prueba completa y acabada de su derecho a poseerlos (STS de 13 de Febrero de 2006). Todo ello entendiendo que el acto de recuperación posesoria (*"interdictum proprio"*) no prejuzga la titularidad pública del bien, cuestión que debe ser resuelta por la **Jurisdicción civil**, sin perjuicio de lo que la Contencioso-Administrativa pueda declarar de manera prejudicial.

Esta recuperación se puede hacer tanto de los bienes demaniales como de los bienes patrimoniales, con la única diferencia de los plazos; para los primeros se puede ejercer en cualquier momento mientras que para los segundos la acción posesoria prescribe al año.

El procedimiento se puede iniciar de oficio o mediante denuncia de particulares. Una vez oído el denunciado, que podrá presentar alegaciones, la Administración puede requerir al ocupante para el abandono, concediéndole un **plazo no superior a 8 días**.

DESAHUCIO ADMINISTRATIVO.

Pasado el plazo citado, puede la Administración ejercer por sí misma una **facultad de desahucio administrativo** para recuperar la posesión de sus bienes demaniales, cuando decaigan o desaparezcan los títulos jurídicos, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros (art. 58). En **caso de resistencia** al desalojo la Administración puede proceder al lanzamiento, solicitando, si procede, el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o imponer multas coercitivas, corriendo a cargo del detentador los gastos que ocasiones el desalojo. Por último, la competencia para el desalojo corresponderá al Ministro correspondiente o al Presidente del Organismo público que tenga afectados o adscritos los bienes.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 30

USO Y EXPLOTACIÓN DE BIENES Y DERECHOS PÚBLICOS. UTILIZACIÓN DE BIENES Y DERECHOS DESTINADOS A USO GENERAL Y PÚBLICO. AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DEMANIALES. APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN DE BIENES Y DERECHOS PATRIMONIALES.

1. USO Y EXPLOTACIÓN DE BIENES Y DERECHOS PÚBLICOS. UTILIZACIÓN DE BIENES Y DERECHOS DESTINADOS A USO GENERAL Y PÚBLICO.

El uso y explotación de los bienes de dominio público se regula en el **Título IV de la Ley 33/2003**. Los bienes demaniales, como ya sabemos, son “*res extra commercium*” (cosas fuera del comercio), es decir, no susceptibles de propiedad privada, y mientras tengan este carácter, su titularidad jurídica corresponde siempre a la Administración. Pero ello no impide que su uso y explotación, sin necesidad de recurrir a la figura de los derechos reales limitados del derecho privado (como sería el usufructo o el uso), pueda formar parte del elenco de derechos subjetivos públicos de los ciudadanos. Mas para que el uso o la explotación de los bienes o derechos sea factible, es necesario que exista un **título habilitante** y en tal sentido el art. 84 dispone que “*nadie puede, sin título otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos*”.

La Ley reconoce los diferentes tipos de uso de los bienes demaniales:

- a) **Uso común:** uso de los bienes de dominio público que corresponde por igual e indistintamente a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás (aguas de los ríos, lagos, vías públicas, espacios libres urbanos, etc.). Este uso general o común podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las establecidas de su naturaleza o de las disposiciones que le sean de aplicación.
- b) **Uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público:** aquél que sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en caso de escasez, obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización del uso que corresponde a todos (art. 85.2). Requiere una previa **autorización administrativa**, o una **comunicación previa o declaración responsable**. Es el caso de navegación en ríos o embalses, celebración de espectáculos en una plaza pública, etc.
- c) **Uso privativo:** uso o aprovechamiento particular de porciones, caudales o parcelas de los bienes de dominio público, que excluyan el uso común y general. Caso de aguas que se utilizan para riego de fincas privadas, establecimientos hosteleros instalados en la zona marítimo-terrestre, zonas comerciales en los puertos y aeropuertos, quioscos en la vía pública, etc. Exige **autorización o concesión demanial**.
- d) **Reservas demaniales:** aunque el uso o explotación privativa de los bienes demaniales es consustancial con su régimen jurídico, existen supuestos (utilización de recursos minerales y los hidrocarburos) donde la AGE puede reservarse alguna de ellas por **razones económicas o estratégicas**.
- e) **Ocupación de espacios en edificios administrativos:** constituye una forma de utilización de los bienes y derechos destinados a un servicio público. Podrá admitirse con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante (cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos) o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos. No podrá entorpecer en ningún caso la utilización del inmueble por los órganos alojados en él, y precisará autorización, si se

efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o a través de concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas, o por un contrato que permita la ocupación (art. 89).

Con respecto a la **explotación**, la Ley 33/2003 impone una gestión activa y dinámica de los activos mobiliarios e inmobiliarios de titularidad administrativa con la finalidad de obtener mayores ingresos sin llegar a la enajenación. Para esto, el art 106.1 señala que la Administración puede celebrar con terceros cualquier tipo de contrato, típico o atípico.

Existe pues **libertad de pactos** para determinar el régimen de explotación de cada bien patrimonial, atendiendo el mismo a la naturaleza del mismo, no pudiendo superar los **20 años** debiendo adjudicarse, por norma general, mediante **concurso público**.

2. AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DEMANIALES.

En relación al régimen jurídico común de estos actos administrativos favorables, el establecimiento de las condiciones de las autorizaciones y concesiones corresponde, potestativamente, al Ministro de Hacienda, a propuesta de la DGPE, en relación a los bienes y derechos del PE (condiciones que deberán publicarse en el BOE). En defecto de dichas condiciones, las autorizaciones y concesiones se ajustarán a las que se establezcan por el titular del Departamento ministerial al que se encuentren afectados los bienes, o del que dependan los Organismos públicos que sean sus titulares o que los tengan adscritos.

Se exige **autorización administrativa** cuando el uso privativo se hace con instalaciones desmontables o bienes muebles y la duración no excede 4 años. En cambio, se precisa **concesión** cuando el uso privativo se desarrolla con instalaciones fijas (quiosco de prensa en vía pública) pudiendo exceder de 4 años. Estos períodos de tiempo son puramente convencionales, limitándose a reflejar el régimen general de lo dispuesto en la Ley 33/2003 (art. 86) no habiendo nada que impida modificar legislativamente estos plazos, sin alterar el concepto de autorización o concesión demanial.

La distinción conceptual se basa en la intensidad del uso del bien y en la importancia de las inversiones a realizar (mayor en las concesiones), pudiendo éstas ser inscritas en el Registro de la Propiedad e incluso pudiendo generar mayores recursos financieros al poder ser hipotecadas; refiriéndose a las concesiones demaniales, no a las concesiones para gestión de servicios públicos, que no pueden ser hipotecadas.

Autorizaciones.

Las autorizaciones:

- Se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones exigidas, salvo si se encontrase limitado su número, en cuyo caso se otorgarán en **régimen de concurrencia**, y si no fuera procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, **mediante sorteo**.
- **No serán transmisibles** las autorizaciones para cuyo otorgamiento deben tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado, o cuyo número se encuentre limitado.
- Las autorizaciones habrán de otorgarse **por tiempo determinado**, siendo su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas de **cuatro años**.
- Las autorizaciones **podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración** concedente en cualquier momento por razones de interés público y sin generar derecho a indemnización cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños

en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.

- Las autorizaciones **podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación, o estar sujeta al pago de tasas** por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal, reguladas por la **Ley 25/1998 de 31 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y de Adaptación al euro**, y podrán conllevar la prestación de una garantía, en la forma que se estima más adecuada.

Concesiones demaniales.

Su otorgamiento se efectuará **en régimen de concurrencia**, lo que no obsta para que se dé un **otorgamiento directo** si se producen circunstancias excepcionales. Su régimen jurídico es el siguiente:

- Se otorgarán **por tiempo determinado**. Su plazo máximo de duración, incluidas prórrogas, no podrá exceder de **75 años** salvo que se establezca otro menor en normas especiales.
- Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, onerosas, estar sujetas a condición o al pago de las tasas correspondientes. **Se exime el pago de la tasa** cuando la utilización privativa o especial del dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario.
- No podrán ser titulares de concesiones sobre bienes o derechos demaniales las personas en quienes concurran alguna de las prohibiciones para contratar recogidas en la **LCSP 9/2017**.
- La **competencia para otorgar concesiones** sobre bienes y derechos del PE corresponde a los Ministros donde estén afectados aquéllos, o a quien corresponda su administración y gestión, así como a los Presidentes o Directores de los Organismos públicos que los tengan adscritos o a cuyo patrimonio pertenezcan.
- Su otorgamiento (y de las autorizaciones) en régimen de concurrencia exige la **incoación de un procedimiento**, que puede iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada, siendo el plazo máximo para resolver de seis meses. Podrá considerarse desestimada la solicitud en caso de silencio administrativo.
- Por último, en cuanto a la **extinción de las concesiones demaniales** (asimismo de las autorizaciones), son estas las causas:
 - a) Muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario o usuario individual, o extinción de la personalidad jurídica (si se trata de una sociedad).
 - b) Vencimiento del plazo.
 - c) Rescate de la concesión, previa indemnización o revocación unilateral de la autorización.
 - d) Mutuo acuerdo.
 - e) Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión
 - f) Desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento.
 - g) Desafectación del bien, en cuyo caso se procederá a su liquidación.
 - h) Cualquier otra causa prevista en las condiciones generales.

En cuanto a la **liquidación** de los efectos derivados de la relación jurídica creada por el título habilitante, cuando se extingue una concesión demanial se deben demoler a costa del titular las construcciones u obras

sobre el bien, a no ser que su mantenimiento se hubiera previsto expresamente en el título concesional, adquiriéndolas en este caso la Administración a **título gratuito y libre de cargas y gravámenes**.

3. APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACION DE BIENES Y DERECHOS PATRIMONIALES.

La explotación de los bienes patrimoniales (no demaniales) que no estén destinados a ser enajenados y sean susceptibles de aprovechamiento rentable será acordada por el Ministro de Hacienda, a propuesta de la DGPE, cuando el plazo sea superior a un año (si no excede del año, la competencia es del Director General del PE).

Asimismo la explotación de dichos bienes o derechos patrimoniales puede efectuarse por cualquier tipo de negocio jurídico típico o atípico. Los contratos o negocios de explotación no podrán tener una duración superior a 20 años incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. También podrán concertarse contratos de arrendamiento con opción de compra sobre inmuebles patrimoniales, con sujeción a las mismas normas de competencia y procedimiento aplicables a las enajenaciones.

En cuanto a los **procedimientos de adjudicación**, seguimos lo que dice el art. 107:

- Los contratos para la explotación de bienes patrimoniales (arrendamiento, usufructo, etc.) se adjudicarán por **concurso** (oferta más ventajosa, no económico), salvo que por peculiaridades del bien, limitación de la demanda, urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa, circunstancias todas que deberán justificarse suficientemente en el expediente.
- Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes patrimoniales irán informados por la **Abogacía del Estado** o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico.
- Se formalizarán en **escritura pública** siempre que puedan acceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Los contratos y negocios de explotación **podrán prorrogarse** por un plazo que no puede exceder de la mitad del inicial, si el resultado de la explotación hiciera aconsejable esta medida.
- Los **frutos, rentas o percepciones** de cualquier clase o naturaleza producidos por los bienes patrimoniales, se ingresarán en el Tesoro.
- La **administración y explotación de propiedades incorporales** corresponde al Ministro de Hacienda o al Ministerio que las haya generado, salvo que por acuerdo del Consejo de Ministros se encomiendan a otro Departamento ministerial u Organismo público.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 31

GESTIÓN PATRIMONIAL: ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES, CONSERVACIÓN, ENAJENACIÓN, GRAVAMEN Y PERMUTA.

1. GESTIÓN PATRIMONIAL.

Todas las operaciones de gestión del Patrimonio de las Administraciones públicas se regulan en el **Título V de la Ley 33/2003**, cuyo Capítulo 1º se dedica a dictar una serie de disposiciones generales, entre las que destacan la sujeción de todos los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales a las disposiciones de esta Ley en cuanto a su preparación y adjudicación, y por la misma y el Derecho privado en relación a sus efectos y extinción, actuando como derecho supletorio la **Ley de Contratos del Sector público (Ley 9/2017)**. El art. 111, por su parte, establece el principio de libertad de pactos, el art. 112 trata de los **expedientes patrimoniales**, permitiendo la elaboración de pliegos generales para determinadas categorías de contratos (que deberán ser informados por la Abogacía de Estado) siendo obligatoria, por otra parte, la **fiscalización previa** por la IGAE de aquellos expedientes de enajenación directa y permuta de bienes con valor superior a un millón de euros, y la necesidad de que conste en aquéllos el **certificado de existencia de crédito** cuando el contrato origine gastos para la AGE.

Por último, las disposiciones generales exigen la formalización obligatoria de los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de inmuebles en escritura pública, y para los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles se exige también escritura pública siempre que esos negocios sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 113), así como la necesidad de efectuar tasaciones periciales e informes técnicos para la realización de cualquiera de los negocios incluidos en la gestión patrimonial.

2. ADQUISICIONES.

- a) **Adquisición de inmuebles:** en el ámbito de la AGE, la adquisición título oneroso de inmuebles corresponde al Ministro de Hacienda, y en los Organismos públicos, al Presidente o Director de los mismos, previo informe favorable de aquél. El expediente de adquisición deberá contener una documentación precisa (memoria justificativa de la necesidad de adquisición, informe de la Abogacía del Estado y tasación del bien o derecho). La adquisición tendrá lugar, con carácter general, mediante **concurso**, pudiéndose utilizar la vía peligrosa de la adjudicación directa en supuestos especiales (concurso desierto, el vendedor es otra Administración, etc.).
- b) **Adquisición de edificios en construcción:** podrá acordarse excepcionalmente esta posibilidad, siempre que se den determinadas condiciones, como por ejemplo, que el valor del suelo y de la parte ya edificada deba ser superior a la porción pendiente de construcción, o que la adquisición debe acordarse por un precio determinado o determinable, según parámetros ciertos. La competencia corresponde al Ministro de Hacienda. El art. 117.3 admite la posibilidad de **adquisición de edificios en construcción mediante permuta** con otros bienes inmuebles o derechos sobre los mismos.
- c) **Adquisición de bienes inmuebles en el extranjero:** será acordada por el Ministro de Hacienda o por el Ministro de Asuntos Exteriores, previo informe favorable de aquél.
- d) **Adquisición de bienes muebles:** la adquisición por la AGE de bienes muebles se regirá por la **LCSP 09/2017**.

3. ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES.

Los arrendamientos de inmuebles, cuya competencia para concertarlos sigue las mismas pautas que para las adquisiciones de inmuebles, se adjudicarán mediante **concurso**, salvo que de forma justificada y por las peculiaridades de las necesidades a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario y otras circunstancias, se considere más adecuada la adjudicación directa. La ley exige que los contratos de arrendamiento de inmuebles contengan la mención expresa del órgano de la AGE que los vaya a utilizar, permitiendo la **resolución anticipada del contrato** (art. 127) por el organismo que lo viniera utilizando.

En este caso el acuerdo deberá ser comunicado a la Dirección General del Patrimonio tres meses antes de la fecha prevista para el desalojo y, de considerarlo oportuno, la citada Dirección lo pondrá en conocimiento de los diferentes Ministerios, los cuales podrán solicitar, en el plazo de un mes la puesta a disposición del inmueble. Para finalizar, los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra se sujetarán a la normativa que acabamos de ver sobre adquisición de inmuebles.

4. CONSERVACION.

Corresponde la competencia al Ministerio u Organismo público al que se encuentren afectados o adscritos los bienes y derechos, si son de dominio público, y a la DGP, si se trata de la AGE o a los titulares de los Organismos públicos dependientes o vinculados a ésta, si la conservación se refiere a bienes patrimoniales.

5. ENAJENACION Y GRAVAMEN.

La Ley permite la enajenación de los bienes y derechos patrimoniales del PE **que no sean necesarios** para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la AGE, admitiéndose la enajenación de los mismos con reserva de uso temporal, reserva que podrá instrumentarse por medio de la celebración de contratos de arrendamiento.

La enajenación podrá efectuarse por medio de cualquier negocio jurídico, típico o atípico, de carácter oneroso, siendo admisible la enajenación gratuita de bienes o derechos cuando se haga en favor de CCAA, Entidades locales, etc. **El producto de las enajenaciones se ingresará en el Tesoro**, pudiendo los órganos competentes aplazar el pago del precio de venta por un período no superior a 10 años, siempre que el pago de las cantidades aplazadas se garantice suficientemente mediante condición resolutoria explícita, hipoteca, aval bancario, seguro de caución o cualquier otro tipo de garantía. El interés del aplazamiento no podrá ser inferior al interés legal del dinero (arts. 133 y 134).

a) **Enajenación de inmuebles.** La enajenación de bienes inmuebles de la AGE, cuya competencia corresponde al Ministro de Hacienda y la tramitación del expediente a la DGPE, admite las siguientes formas de adjudicación:

- Mediante **concurso**, que es el procedimiento ordinario, adjudicándose la venta al licitador que en su conjunto haga la proposición más ventajosa.
- Mediante **subasta**, procedimiento utilizable únicamente en los supuestos establecidos reglamentariamente atendiendo a la naturaleza y características de las políticas públicas, en particular la política de vivienda. La subasta podrá celebrarse al alza o a la baja y la adjudicación se hará, naturalmente, a favor de quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

- Mediante **adjudicación directa**, que tendrá lugar por las causas previstas en el art. 137.4 (entre otras, cuando el adquirente sea otra Administración Pública, cuando sea una entidad sin ánimo de lucro declarada de utilidad pública, cuando sea declarada desierta la subasta o el concurso, cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente, cuando por razones excepcionales se acuerde realizar la venta a favor del ocupante del inmueble, etc.)

El procedimiento de adjudicación presenta algunas peculiaridades; por ejemplo a los licitadores se les exige un ingreso del **10% del precio de venta en concepto de fianza** (art 137.6), y el acuerdo de adjudicación a cargo del Ministro de Hacienda, previo informe de la Abogacía del Estado, decidirá la venta o su **improcedencia**, si la adjudicación en las condiciones propuestas se considerase perjudicial para el interés público o, si por razones sobrevenidas (durante la tramitación del expediente) se considerase necesario el bien para fines públicos.

b) Enajenación de muebles. La competencia para enajenar bienes muebles del PE corresponde al titular del Departamento ministerial o al Presidente o Director del Organismo público que los tuviese afectados o adscritos, o los hubiera venido utilizando. El acuerdo de enajenación implicará la **desafectación de los bienes y su baja en inventario**.

El procedimiento tendrá lugar mediante subasta pública por bienes individualizados o por lotes. Aunque podrá efectuarse de forma directa, cuando el Ministerio u Organismo considere de forma razonada que se trata de bienes obsoletos o deteriorados por el uso o concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 137.4 mencionado.

c) Enajenación de derechos de propiedad incorporeal (Incorporeal es sinónimo de inmaterial: nombre comercial, enseña, derecho de alquiler, patente, diseño). Sigue las mismas reglas de competencia que para la venta de los bienes muebles, verificándose la enajenación mediante **subasta pública**.

d) Cesión gratuita de bienes y derechos. Los bienes y derechos patrimoniales de la AGE podrán ser cedidos gratuitamente para fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a CCAA, Entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública. Igualmente estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria.

La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. En los dos casos, el cessionario deberá destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. En la AGE la competencia para la cesión corresponderá al Ministro de Hacienda, previo informe de la Abogacía del Estado, y en los Organismos públicos a los órganos que fueran competentes para su enajenación.

Si los bienes cedidos no fueran destinados al fin o uso previsto en el acuerdo de cesión, dejaran de serlo posteriormente, o se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, se considerará resuelta la gestión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. Y tanto la cesión como la reversión, en su caso, se harán constar en el **Inventario General de Bienes y Derechos del Patrimonio del Estado**.

6. GRAVAMEN.

El art. 152 dispone al respecto que “*no podrán imponerse cargas o gravámenes sobre los bienes o derechos del Patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación*”.

7. PERMUTA.

Dice la Ley que los bienes y derechos del PE 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. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie. La permuta podrá tener por objeto edificios a construir (art. 153).

En orden al **procedimiento** para la permuta, la Ley (art. 154) se remite a las normas para la enajenación de los mismos, salvo lo dispuesto en cuanto a la necesidad de convocar concurso o subasta pública para la adjudicación. No obstante, el órgano competente para la permuta (no citado por la Ley) podrá instar la presentación de ofertas de inmuebles o derechos para permutar, mediante un acto de invitación al público al que se le dará difusión a través del BOE y cualesquiera otros medios que consideren adecuados.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 32

EXPROPIACIÓN FORZOSA. CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO GENERAL. INDEMNIZACIONES Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES.

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA: CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO GENERAL.

La expropiación forzosa consiste, con una visión simplista, en la intervención del Estado en la propiedad privada, o derechos intereses legítimos, que origina la privación forzosa o imperativa de aquélla o éstos, a sus respectivos titulares por **razones de interés general**.

En los textos constitucionales de los Siglos XVIII y XIX se considera la expropiación como un límite al derecho de propiedad, como un mal inevitable para obtener la titularidad de bienes inmuebles necesarios para construir obras públicas. Pero se exige que la operación esté legitimada por una Ley y se pague el justiprecio o valoración de los bienes con carácter previo a la expropiación. Esta visión cambia sustancialmente en el Siglo XX donde, al asignarse a la propiedad una función social, el límite negativo del derecho de propiedad pasa a convertirse en un Instrumento positivo a disposición del Poder para el cumplimiento fines ligados a la justicia social, concepto que acoge por primera vez nuestra vetusta **Ley de expropiación Forzosa, de 16 de Diciembre de 1954 (LEF)**, que aún sigue en vigor.

El fundamento constitucional de la expropiación se ubica en el art. 33 (dentro de los Derechos y deberes de los ciudadanos) el cual reconoce, en primer lugar, el “derecho a la propiedad privada y a la herencia”; a continuación, en el apartado 2º, asigna a aquélla “una función social” para admitir, en el apartado 3º, la expropiación en los términos siguientes: “nadie podrá ser privado de sus bienes o derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes”. Esta primera tóma de posición de nuestro constituyente se completa con la declaración del art. 128.1 CE que afirma que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general”.

El art. 1 LEF proporciona un **concepto legal de la expropiación forzosa** al considerar como tal “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación del ejercicio”.

Esta amplia definición permite asimilar, junto a las expropiaciones forzosas traslativas del dominio, otras decisiones administrativas que implican sólo una privación temporal de la propiedad o bien una mutilación de alguna de sus facultades (imposición de un arrendamiento forzoso de una finca para fines agrícolas, constitución de una servidumbre forzosa para el paso de un tendido eléctrico, expropiación de una licencia, etc.). Por lo demás, la expropiación es una de las potestades atribuidas a la Administración, constituyendo el eje de la institución la “causa expropriandi” (utilidad pública o interés social), pero sobre todo, la expropiación es una garantía, precisamente todo lo contrario a la confiscación, expresamente vedada en la CE, que trataremos al final de la exposición de este tema.

Procedimiento General.

No existe una regulación general y unitaria de la expropiación cuya competencia legislativa es atribuida al Estado por el **art. 149** con carácter exclusivo. El TC en diversas Sentencias otorga al Estado la competencia

para legislar sobre las garantías de la expropiación, al mismo tiempo que reconoce a las CCAA la suya para decidir los **motivos que justifican la expropiación** en sus ámbitos respectivos (la causa “*expropriandi*”), así como algunos aspectos organizativos del ejercicio de la institución, como por ejemplo, los **Jurados provinciales de Expropiación**.

En síntesis, la potestad expropiatoria se desarrolla a través de un procedimiento general regulado en la LEF y en su **Reglamento ejecutivo de 26 de Abril de 1957**. Junto a este procedimiento, la LEF regula otros **especiales**, (por razones de la Defensa nacional, por traslado de poblaciones, etc.), al margen de **procedimientos específicos** (Ley del Suelo) que contienen normas especiales. En cualquier caso se necesita una renovación profunda de la materia, como pone de relieve insistente la doctrina.

A) Las partes del procedimiento. Los sujetos intervenientes en la expropiación son:

El expropiante: la potestad expropiatoria corresponde, por regla general, a la Administración, al tratarse de un supuesto de ejercicio de autoridad. El art. 2.1 LEF concede la competencia para expropiar a las AAPP territoriales y a determinados órganos de las mismas. Pero con carácter excepcional puede ser acordada directamente por el legislador, como ocurrió con la expropiación de RUMASA a través de “*lex specialis*”, con reglas especiales tanto de procedimiento como de valoración de bienes. El problema mayor de este tipo de expropiación es la garantía de la tutela judicial efectiva a la que sólo tienen acceso los expropiados ordinarios. En las expropiaciones legislativas la Ley que expropia sólo puede ser enjuiciada por el TC a través de una declaración de inconstitucionalidad. La potestad expropiatoria se concede por la LRJSP a los Delegados del Gobierno en las CCAA, que pueden desconcentrar la competencia en los Subdelegados del Gobierno en la Provincia, mientras que la LEF otorga también el poder a los **Ingenieros Jefes de los Planes de Obras** de la Administración respectiva, núcleo principal de las expropiaciones ordinarias.

El beneficiario de la expropiación, que puede ser la misma Administración expropiante (como sucede en las expropiaciones por motivo de obras públicas), o cualquier persona, física o jurídica (en las expropiaciones por causa de interés social por ejemplo, promotores de viviendas de protección social). Cuando no concurren las cualidades de expropiante y beneficiario, tiene este último la facultad de instar a la Administración expropiante la iniciación del expediente expropiatorio. El beneficiario asume la obligación de pagar la indemnización o justiprecio y los intereses de demora que procedan

El expropiado: en palabras del art. 3 “*es el titular, persona física o jurídica, de derechos o intereses objeto de la expropiación*”. La condición de expropiado tiene carácter real, es decir, deriva de su relación con el bien, lo que significa que dicha cualidad se trasmite con la cesión del bien o derecho, el cual se adquiere libre de cargas, y si existiese algún derecho compatible con el destino del bien expropiado, puede mantenerse por acuerdo entre expropiante y titular del derecho.

B) El Procedimiento expropiatorio. Comprende las fases siguientes:

1º) Declaración de utilidad pública o interés social. La causa *expropriandi*, requisito indispensable y previo de inexcusable observancia, obedece a motivos de utilidad pública (obras o servicios públicos) o interés social (parques, escuelas, etc.) y debe establecerse por Ley, entendiéndose implícita dicha declaración en todos los Planes de obras y servicios de las Administraciones públicas, a efectos de expropiación de inmuebles, incluyéndose ahora los Planes y programas de la UE.

2º) Declaración de la necesidad de ocupación o adquisición. Una vez declarada la utilidad pública o el interés social, se inicia el expediente de expropiación propiamente dicho, que es, en realidad, la primera fase procedural, y en ella la Administración expropiante resuelve sobre la necesidad de ocupar los bienes que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación (art. 15). Esto es lo que se llama **acuerdo de necesidad de ocupación** y para adoptarlo la Administración o el beneficiario deben formular una relación concreta e individualizada de dichos bienes, con descripción de todos sus aspectos, materiales y jurídicos y con indicación de los titulares y de otras personas que ostenten derechos sobre ellos (acreedor hipotecario).

La relación de bienes debe ser publicada en el DO que corresponda, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en uno de los periódicos de mayor tirada de la Provincia, para que cualquier interesado pueda presentar alegaciones, rectificar errores u oponerse a la ocupación por razones de forma o de fondo (art. 19). Cumplido este trámite la Administración deberá resolver, describiendo detalladamente los bienes y derechos afectados y sus titulares. Dicha resolución (a pesar de la ambigüedad de la LEF) es directamente impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si agota la vía administrativa.

3º) Determinación de la indemnización (epígrafe siguiente).

4º) El pago y la toma de posesión. Fijado el precio, el pago deberá hacerse en el plazo máximo de seis meses, pasado el cual sin ser abonado, da derecho al expropiado para reclamar los intereses de demora (interés legal). El pago deberá hacerse en dinero, previa acta levantada ante el Alcalde del lugar donde radiquen los bienes, y si el expropiado se negare a recibir el pago, se consignará su importe en la Caja General de Depósitos. Al precio se añadirá un **5% más en concepto de premio de afección**, por la pérdida sentimental del bien. Pagado el precio, los bienes será ocupados por la Administración (o el beneficiario), pudiendo procederse a la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad.

5º) Procedimiento de urgencia. Se trata de una especialidad del procedimiento general, no un procedimiento especial, que se ha convertido actualmente en el procedimiento ordinario. En él, y debido a la urgencia que lo justifica, se produce una inversión del proceso ordinario: primero se ocupa el bien y más tarde se fija la indemnización. La calificación de urgente ha de ser declarada por Real Decreto del Consejo de Ministros (art. 52), atribución que se ha extendido al Gobierno de las CCAA.

2. INDEMNIZACIONES Y GARANTIAS JURISDICCIONALES.

La garantía patrimonial del administrado, auténtico eje de todo el sistema expropiatorio, queda preservada mediante la obtención por el perjudicado de un **equivalente económico**, que es la cantidad que debe percibir en concepto de precio justo (o **justiprecio**), el cual, según la LEF, ha de ser equitativo, razonable y proporcionado, conceptos jurídicos indeterminados, por lo que debe ser objeto de precisión y concreción.

Los **criterios en torno al precio** son los siguientes:

- El que sólo admite como precio aceptable el valor de mercado.
- El criterio mantenido por el TC para quien lo importante es la existencia de un equilibrio proporcional entre el valor del bien o derecho y la cuantía de la indemnización ofrecida.
- El criterio estimativo que como cláusula de cierre permite la LEF. Este criterio, aplicable también a los bienes muebles, remite a una libertad estimativa muy amplia a favor de los Jurados provinciales y, en último término, a los Tribunales de Justicia.

El procedimiento de fijación del precio admite una **primera fórmula** (que casi nunca prospera) de fijación del precio a través de un acuerdo amistoso entre la partes durante un plazo de 15 días. De no prosperar este acuerdo la Administración inicia un procedimiento (de oficio) para su determinación (art. 25). En expediente individual y en el plazo de 20 días desde el requerimiento, cada propietario presentará su hoja de aprecio debidamente motivada y avalada por un perito, debiendo contestar la Administración en el mismo plazo sobre su aceptación o negativa. En este último caso, procederá a extender su propia hoja de aprecio, que se notificará al interesado para que, en un plazo de 10 días acepte o rechace la oferta. De rechazarla, el expediente pasará el **Jurado Provincial de Expropiación**, órgano administrativo y no judicial, presidido por un Magistrado de la Audiencia provincial, y con representación de todos los intereses en juego (Abogado del Estado, Notario, representante de las Cámaras de Comercio, etc.). El Jurado resolverá en el plazo máximo de tres meses y al agotar su resolución la vía administrativa, puede ser ésta recurrida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En la práctica, las decisiones de los Jurados de expropiación suelen ser inoperantes, acabando los expedientes en los Tribunales en la mayoría de los casos. Por ello, un Anteproyecto de LEF propone la supresión de este organismo.

En el orden de las garantías la expropiación forzosa es, ante todo, una garantía. Para que una expropiación pueda calificarse de legítima, es preciso respetar las garantías siguientes:

- **La garantía legal o formal**, que exige la presencia ineludible de una causa *expropriandi*.
- **La garantía procedural**, por la cual el ejercicio de la potestad expropiatoria debe tener lugar en torno a un procedimiento establecido, como acabamos de exponer, que debe garantizar los derechos del expropiado.
- **La garantía patrimonial del administrado**, como vimos, columna vertebral de todo el sistema expropiatorio en un Estado de derecho. Toda expropiación presupone la correspondiente indemnización, de manera que se preserve el contenido económico de la propiedad.
- **La garantía jurisdiccional**, corolario de la garantía de procedimiento. Si el acuerdo en la determinación de la indemnización no se alcanza en la vía administrativa, se abre para el expropiado la vía contencioso-administrativa. La garantía que estamos estudiando se amplía a otra reconocida al expropiado: el **derecho a recobrar** el bien objeto de la expropiación una vez que se ha comprobado que éste no ha sido afectado al fin impuesto en la causa *expropriandi*. Es este el **efecto de retrocesión o reversión de la expropiación**, reconocido al antiguo titular para recuperar los bienes expropiados no utilizados, total o parcialmente. La jurisprudencia del TC, con criterio discutible (**GARCIA DE ENTERRIA**) ha declarado, no obstante, que este derecho de reversión no es de configuración constitucional (por no incluirse expresamente en el art. 33.3), sino legal, por lo que puede ser matizado e incluso suprimido por el legislador. El derecho de reversión deberá ser instado por el particular y originará la devolución del justiprecio, que deberá actualizarse conforme al IPC. De todas formas, tanto si el precio es mayor (existen mejoras aprovechables por el propietario) como menor (los bienes se entregan con desperfectos), será obligatoria una **retasación**.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 33

EXPROPIACIÓN POR RAZÓN DE DEFENSA NACIONAL Y SEGURIDAD DEL ESTADO. EXPROPIACIONES POR NECESIDADES MILITARES. REQUISAS MILITARES.

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA POR RAZÓN DE DEFENSA NACIONAL Y SEGURIDAD DEL ESTADO.

El **Capítulo VIII de la LEF** regula el Procedimiento especial rubricado como “*De la Expropiación por razones de Defensa nacional y Seguridad del Estado*”. En su art. 100 se remite a su regulación específica (militar), y en los arts. 101 al 107 se ocupa del estudio y aplicación de las requisas militares.

A partir de 1902 el Ramo de Guerra, y desde 1915 el Ramo de Marina dispusieron de sendas normas especiales para expropiar en la denominada zona militar de costas y fronteras, cuyo siguiente paso legislativo fue la vieja Ley de Expropiación Forzosa de 7 de Octubre de 1939, que por primera vez ideó un procedimiento rápido (**procedimiento de urgencia** de la vigente LEF) para la ocupación de obras declaradas urgentes. Este procedimiento, **tramitado por la autoridad militar**, es el que se reconoce en el art. 52 LEF, no como procedimiento especial, sino como modulación rigurosa del procedimiento general. La propia Exposición de Motivos de la actual LEF dice al respecto: “*se ha optado por incorporar prácticamente la Ley de Expropiación de 1939 a la presente, y a ello responde el art. 52*”. La urgencia es **declarada por Real Decreto del Consejo de Ministros** y su tramitación acorta plazos y formalidades. El bien se ocupa por anticipado por razones justificadas de la Defensa, y posteriormente se procede a la determinación del justiprecio.

2. EXPROPIACIONES POR NECESIDADES MILITARES.

El art. 100 dispone que “*cuando el Gobierno acuerde la adquisición de inmuebles situados en zona militar de costas y fronteras o por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional, las expropiaciones que a tales fines fuere preciso realizar se ajustarán a lo dispuesto en los arts. 52 Y 53 de esta Ley, y el expediente respectivo será tramitado por la Administración militar que corresponda en relación al Ejército a cuyos servicios quedan afectos los bienes ocupados y con sujeción al Reglamento que se dicte en aplicación de esta Ley*”. Por su parte, el art. 107 señala que “*un Reglamento especial dictado por la Presidencia del Gobierno, previo informe del Consejo de Estado, desarrollará para su aplicación las normas contenidas en este Capítulo*”. De la interpretación de ambos preceptos se deduce:

- El art. 100 remite a un **Reglamento general** para las expropiaciones de inmuebles situados en zona militar de costas y fronteras o por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional, y el art. 107 lo hace a un **Reglamento especial** distinto del anterior, para la regulación de todas las expropiaciones y requisas militares.
- El Reglamento general de ejecución de la LEF de 1957 se desentiende de la materia disponiendo en el art. 124 que “*las expropiaciones y requisas que llevan a cabo las autoridades militares del Ejército, Marina y Aire, se regularán por el Reglamento especial previsto en el Art. 107 de la Ley*”.
- Ni el reglamento general ni el especial han sido dictados, con lo cual todas las expropiaciones militares se traman por el procedimiento de urgencia, lo que se ha considerado una **práctica abusiva** que venía ya de la Ley de 1939 y cuyos peligros ya se anunciaban en la Exposición de Motivos de la LEF.

El contenido de la **zona militar de costas y fronteras** al que se refiere la expresión del art. 100 LEF y la ausencia del tan citado Reglamento, obligan, para su actualización, a realizar una prolífica labor de **compilación de numerosas y antiquísimas disposiciones** que desgraciadamente todavía resulta imposible eludir. Todo ello agravado por la falta de desarrollo de la **Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones militares de Interés para la Defensa nacional**.

Por ello la disposición que, en principio, sigue en vigor es un **Decreto de Costas y Fronteras de 15 de Febrero de 1933**, que modifica lo legislado sobre costas y fronteras y se señalan los nuevos Sectores (grandes Sectores de la geografía nacional) que comprende la nueva delimitación. Estos Sectores son el Pirineo o frontera norte, la frontera portuguesa, la Costa norte y la Costa de Levante y mediodía, que ya habían sido declaradas zona militar de costas y fronteras por un **Real Decreto de 17 de marzo de 1891**. Por su parte, el contenido de la expresión **Otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional**, ante la falta asimismo de respuesta de la LEF y su Reglamento de desarrollo, hay que acudir a antiguas disposiciones en el ámbito de los tres Ejércitos, actualmente unificados en el Ministerio de Defensa. Así, en el **Ejército de Tierra**, están vigentes dos **Reales Decretos de 1881 y 1928** que señalan los posibles terrenos susceptibles de expropiación (para cuarteles, hospitales y almacenes, para campos de instrucción, para líneas telegráficas o de ferrocarril que puedan contribuir a la defensa del país, etc.). En la **Armada**, la disposición que rige es un **Real Decreto de 1891** (terrenos necesarios para baterías, para construcción de arsenales, astilleros, varaderos, diques, muelles, estaciones de torpedos, etc.), y en el **Ejército del Aire**, entre otros, los terrenos necesarios para aeródromos y aeropuertos o para ayuda de la navegación aérea, construcción de redes de alarma, etc.

3. REQUISAS MILITARES.

Se trata de la **figura más arcaica y el procedimiento más antiguo de adquisición de todo tipo de bienes**, griegos, cartagineses y romanos la conocieron y practicaron, y fue prevista en el **Liber Iudiciorum** de los visigodos; y en las **Partidas de Alfonso X el Sabio** se contiene ya la que quizás sea la primera Ley de requisiciones. En la Edad Moderna, la amplitud de los ejércitos y sus necesidades extienden este sistema de adquisición, tanto en el propio terreno como en el ajeno, con indemnización o sin ella. Y aunque se intenta limitar en la Revolución francesa, que consagraba el carácter absoluto del derecho de propiedad, se sigue practicando en ese país, declarándose requisables, con determinadas garantías, "*todos los medios de subsistencia útiles a la República*". En el Siglo XIX sigue ese criterio e incluso se extiende el ámbito de la requisa no sólo a los víveres y efectos sino también a los servicios personales. Entre nosotros aparece consagrada por primera vez en el art. 871 y siguientes del **Reglamento para el Servicio de Campaña del Ejército, de 1882**, desarrollado a comienzos de Siglo por una serie de Órdenes ministeriales. En definitiva, como dice **RODRIGUEZ ROMAN**, "*la requisa es un hecho o figura tan antigua como la guerra misma*".

En cuanto a su naturaleza jurídica, desde siempre se discutió la requisa militar como una forma de expropiación al no provocar en todos los casos la extinción de la propiedad, sino tan sólo su utilización, siendo considerada por ello como una limitación del derecho de propiedad por necesidades de la guerra ejercitable por la Administración militar en virtud de la concesión por Ley de una potestad específica, **la potestad expropiatoria**. **GARCIA DE ENTERRIA** utiliza estos argumentos para calificar la expropiación, llegando entonces a la conclusión que la requisa supone o implica una especialidad de aquélla. Otros autores defienden la autonomía conceptual de la requisa respecto de la expropiación forzosa. Así, para **PARADA VAZQUEZ** la requisa se presenta como una figura con perfiles propios, cuya diferencia fundamental es la

inversión de hecho y de derecho de la regla del previo pago, de modo que la autoridad militar se apropia primero, temporal o definitivamente, de los bienes y después procede al pago de su precio o de la indemnización correspondiente.

CLASES.

La LEF distingue dos clases fundamentales de requisas: las requisas **en tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial**, y las requisas **en tiempos de paz**. Además de esta regulación, existe una relación copiosa de normas vigentes (un **Real Decreto de 1917**, un **Decreto de 1939 sobre incautación de fincas rústicas**, la **Ley de Navegación Aérea de 1960** que se ocupa de la requisita de aeronaves, etc.)

1º) Requisas en tiempo de guerra y en caso de movilización, total o parcial. A tenor del art. 101 LEF son aquí bienes requisables, “*toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a las necesidades de la guerra*”.

El art. 104 se refiere al requisante y de modo impreciso habla de la autoridad militar reglamentariamente determinada, la cual podrá delegar su ejercicio dentro de los límites autorizados (**GARCIA DE ENTERRIA** afirma que la delegación puede alcanzar hasta los Jefes de unidades mínimas). Y en relación a los **Requisitos previos**, ante el silencio de la LEF hay que acudir a un **Reglamento de 1921** que señala los siguientes:

- Una orden previa, dada por escrito, detallando la clase y cuantía de la prestación y, siempre que sea posible, la duración del servicio reclamado.
- Un recibo inmediato de todo lo requisido.

Si la requisición careciera de alguno de estos requisitos, podrá ser negada por el prestatario, a quien por este hecho no alcanzará la responsabilidad.

En cuanto a los **límites** de esta clase de requisita, el art. 103 dispone que en ningún caso se podrá exigir la requisita de recursos superiores a los que posean los municipios, debiéndoseles respetar siempre los víveres necesarios para alimentación civil durante un período prudencial.

Y el **procedimiento** a seguir para la efectividad de la requisita es el siguiente: las autoridades militares competentes para acordar la requisita la efectuarán cursando las órdenes oportunas a los Ayuntamientos, cuyos Alcaldes serán los responsables de su cumplimiento.

2º) Requisas en tiempos de paz. Son bienes requisables:

- **En los supuestos normales:** los alojamientos para personal, ganado o material; las raciones de pan y pienso, así como el combustible y el alumbrado, el alojamiento y cuanto sea necesario para la asistencia de enfermos o heridos, y sólo por tiempo máximo de 24 horas, los medios terrestres, marítimos o aéreos para locomoción o transporte de personal, ganado o material de los ejércitos o sus servicios.
- **En los supuestos de movilización total o parcial que no sea para maniobras:** las que se enumeran para tiempo de guerra, con algunas limitaciones.

- **En supuestos de grandes maniobras:** además de los bienes y prestaciones requisables en los supuestos normales, propiedades rústicas y urbanas como medios auxiliares para las maniobras, con las limitaciones y formas señaladas en el Reglamento para Grandes maniobras.
- **En vía de ensayo y mediante Decreto:** todos los medios útiles de locomoción y transporte, tanto de índole animal como mecánica.

Las autoridades con derecho a acordar las requisas (salvo el caso de las requisas por vía de ensayo, que precisan Decreto), no están especificadas en la LEF aunque sí en otras disposiciones posteriores que van quedando inaplicables. Habrá que estar, en todo caso, a la organización de la defensa en cada momento, por lo que puede encabezarla el Ministro de Defensa, a continuación los órganos superiores y directivos de su Departamento y en general, cualquier núcleo de fuerza que con carácter independiente o aislado, desempeñen cualquier misión especial.

Toda prestación por requisas dará derecho a una **indemnización** por el importe del servicio prestado, no siendo indemnizables la prestación por alojamiento, tanto en domicilios particulares como en edificios públicos. La peculiaridad de la requisas consiste en la sustitución de los Jurados provinciales de expropiación por la **Comisión Central de Valoraciones de Requisas** y las **Comisiones provinciales**.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 34

EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. RÉGIMEN JURÍDICO. EL PERSONAL FUNCIONARIO: FUNCIONARIOS DE CARRERA Y FUNCIONARIOS DE EMPLEO. LA SELECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS. PROGRAMACIÓN Y OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. EL REGISTRO CENTRAL DE PERSONAL. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO.

La previsión de un Estatuto de los funcionarios públicos trae su causa de la propia CE, en cuyo art. 103.3 se dice: *"la Ley regulará el Estatuto de los funcionarios, las peculiaridades del ejercicio de sus derechos a sindicación y el sistema de incompatibilidades en el ejercicio de sus funciones"*. Su desarrollo llegó inicialmente por la **Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública**, y se completó con la **Ley 7/2007 del Estatuto del Empleado público**. La Exposición de Motivos de esta Ley aludía al hecho de que algunas Administraciones (en particular, los ayuntamientos) recurrían a la contratación laboral como medio para remediar sus necesidades de personal por el carácter flexible de su régimen jurídico, de tal manera que venía existiendo un porcentaje muy significativo de personal con la condición de laboral y no de funcionario. Debido a las sucesivas reformas producidas por diferentes leyes, se ha publicado el **RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)**.

El RDL 5/2015 constituye legislación básica del Estado (art. 149.1.18 CE), siendo éste su **ámbito de aplicación** (art. 2):

- Funcionarios y, en lo que proceda, el personal laboral de la AGE, de las CCAA (incluyendo las ciudades de Ceuta y Melilla) y de la Administración local.
- Personal funcionario y, en lo que proceda, el personal laboral de los Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.
- Personal funcionario y, en lo que proceda, el personal laboral de las Universidades públicas.

Con **carácter supletorio** se aplicará a determinados colectivos de funcionarios que cuentan con una legislación específica (funcionarios de las Cortes Generales y otros órganos constitucionales del Estado, Fuerzas Armadas, Jueces, Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales, personal del CNI, Banco de España, personal retribuido por arancel, como Notarios y Registradores de la Propiedad, etc.).

2. FUNCIONARIOS DE CARRERA Y FUNCIONARIOS DE EMPLEO.

Dentro de las clases de empleados públicos, el EBEP (art. 8) distingue entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos (antes de empleo o temporales), personal laboral y personal eventual.

1º) Funcionarios de carrera (art. 9 EBEP). Son aquellos quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente, y a quienes corresponde en exclusiva el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las

potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, en los términos que en las leyes de desarrollo de cada Administración Pública se establezcan.

Los funcionarios de carrera (art. 75 EBEP) se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo. A su vez pueden pertenecer al Cuerpo General o a Cuerpos especiales, divididos en Grupos y estos encuadrados en niveles.

Los Cuerpos y Escalas de funcionarios se clasifican (art. 76 EBEP), de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

- Grupo A, dividido en dos Subgrupos A1 y A2. Exigencia de título universitario de Grado; para aquellos supuestos en que la Ley exijan otra titulación será ésta la que se tenga en cuenta.
- Grupo B. Exigencia de título de Técnico Superior.
- Grupo C, dividido en dos Subgrupos C1 y C2 según la titulación exigida para el ingreso (título de bachiller/técnico o título de graduado en ESO respectivamente)

2º) Funcionarios interinos (art. 10 EBEP). Son aquellos 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 estas circunstancias:

- Existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por los funcionarios de carrera.
- Sustitución transitoria de los titulares.
- Ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por Leyes en desarrollo del EBEP.
- Exceso o acumulación de tareas por un plazo máximo de 6 meses, dentro de un período de 12 meses.

Su selección habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios del art. 103 CE (**igualdad, mérito y capacidad y publicidad**). En el supuesto 1º, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

3º) Personal laboral (art. 11 EBEP). El que en virtud de contrato formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de su duración podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

4º) Personal eventual (art. 12 EBEP). 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 tal fin.

También existe la figura del **personal directivo profesional** (art. 13 EBEP) disponiéndose que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las CCAA podrán establecer, en desarrollo de su Estatuto, su régimen jurídico específico así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo con los principios que se detallan:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.

2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. 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.
4. La determinación de sus condiciones de empleo 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.

3. LA SELECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS.

La selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas está en la actualidad regulado por el **RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de las Administraciones del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado**.

Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios fundamentales de **igualdad, mérito y capacidad** y de acuerdo con lo previsto en el EBEP y en el resto del ordenamiento jurídico (art. 55 EBEP). La selección del personal funcionario se llevará a efecto por las AAPP mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales ya mencionados y además, los siguientes requisitos:

- a) **Publicidad de las convocatorias y de sus bases.**
- b) **Transparencia.**
- c) **Imparcialidad y profesionalidad** de los miembros de los órganos de selección.
- d) **Independencia y discrecionalidad técnica** en la actuación de los órganos de selección.
- e) **Adecuación** entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) **Agilidad**, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Para poder participar en los procesos selectivos es necesario reunir los requisitos siguientes (art 56 EBEP):

- Tener la **nacionalidad española**, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 57 (que permite el acceso a la condición de funcionario de **nacionales pertenecientes a la UE**, siempre que las funciones que desarrollen no impliquen directa o indirectamente una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las AAPP).
- Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.
- Ser **mayor de 16 años** y no exceder, en su caso, la edad de jubilación forzosa..
- Poseer la **titulación** exigida.
- No haber sido separado mediante **expediente disciplinario** al servicio de cualquiera de las AAPP.

En aplicación de lo previsto en el art. 61 EBEP los procesos selectivos 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 el propio EBEP.

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos y los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la

adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras.

Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de períodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos y/o pruebas físicas.

Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de **oposición** y **concurso-oposición** que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Y sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos. En el caso del personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características anteriores, o **concurso de valoración de méritos**.

Los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria. No obstante lo anterior, siempre que los órganos de selección hayan propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que el de plazas convocadas, y con el fin de asegurar la cobertura de las mismas, cuando se produzcan renuncias 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.

El Gobierno es el competente para regular la composición y funcionamiento de los órganos de Selección, garantizando la especialización de los integrantes de los mismos y la agilidad del proceso, sin perjuicio de su objetividad. En cumplimiento del art. 10 del RD 364/1995 se constituyen en órganos de selección las **Comisiones Permanentes de Selección** y los **Tribunales**.

4. PROGRAMACION Y OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO.

La selección de nuevos funcionarios se realiza sobre la base de la llamada **Oferta de Empleo Público** que la Administración debe aprobar anualmente. A estos efectos, el art. 70 EBEP dispone que "*las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público*". En la AGE, la Oferta pública es aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda tras su elaboración por la Dirección General de la Función Pública pero, a diferencia de lo que disponen algunas Leyes autonómicas, no parece que deba incluir todas las plazas vacantes dotadas presupuestariamente, sino sólo las que se considere convenientes durante el ejercicio presupuestario anual al que se refiera.

La publicación de la Oferta obliga a los Departamentos ministeriales a los que figuren adscritos los correspondientes Cuerpos y Escalas de funcionarios a convocar las pruebas selectivas de acceso que procedan.

La Oferta puede contener medidas derivadas de los llamados **Planes de Empleo** o bien instrumentos de planificación a medio plazo que pueden afectar a uno o varios Ministerios, organismos o áreas administrativas concretas que contendrán las actuaciones a desarrollar para la mejor utilización de los recursos humanos.

Excepcionalmente, cuando existan **necesidades urgentes** de incorporaciones de personal, el Gobierno podrá aprobar Ofertas de Empleo Público para ámbitos administrativos específicos.

Aprobada la Oferta de Empleo Público, los Departamentos Ministeriales que correspondan procederán a convocar los procedimientos selectivos para cubrir las plazas previstas, pudiendo ser éstas de carácter unitario o para el ingreso en Cuerpos o Escalas determinados.

Estas convocatorias, con el informe favorable de la Dirección General de la Función Pública, contarán con las correspondientes **Bases Generales** en las que se determinará el sistema selectivo, pruebas a superar, programas y formas de calificación aplicables, etc... Vinculan a la Administración y Tribunales o Comisiones que hayan de juzgarlas, y a quienes participen en las mismas. Y una vez publicadas, solo podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley 39/2015, LPACAP.

5. EL REGISTRO CENTRAL DE PERSONAL.

El Registro Central de Personal fue creado por la Ley 30/1984. Este Registro se ubicará en la **Dirección General de la Función Pública** y en él se inscribirá a todo el personal al servicio de la AGE, anotándose preceptivamente en él todos los actos que afecten a la vida administrativa del mismo.

Las normas reguladoras del Registro Central se desarrollaron por **Real Decreto 1405/1986, de 6 de Junio**, modificado por el **RD 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas**.

El Registro Central de Personal es el registro administrativo de la Administración General del Estado en el que se inscribe el personal a que se refiere el artículo 5 del RD 2073/1999, y en el que se anotan preceptivamente los actos que afecten a su vida administrativa. En el mismo deberá inscribirse todo el personal al servicio de la Administración del Estado.

La **estructura** del número de registro de personal (art. 8 RD 2073/1999) se asigna por el Registro Central de Personal previamente a la inscripción, y sirve para identificar la relación existente entre una persona y la correspondiente Administración, pudiendo corresponder a una misma persona tantos números de registro de personal como nombramientos como funcionario de Cuerpos o Escalas o personal eventual haya tenido, o contratos laborales haya suscrito.

Según el art. 9 del RD 2073/1999, el **número de identificación personal** estará basado en el número del DNI cuando inscriba ciudadanos españoles. Este número será el mismo durante toda la vida administrativa de los interesados, por lo que no podrá ser modificado una vez asignado, salvo para corregir errores materiales.

En ningún caso podrán figurar inscritas dos personas con el mismo número, ni podrá reutilizarse uno que hubiera sido asignado anteriormente a otra persona, aunque ésta ya no estuviera de alta en el Registro.

En el supuesto caso de haberse inscrito por primera vez aportando un documento identificativo distinto del DNI, por carecer de él, se conservará durante toda la vida administrativa el número de identificación personal que se les hubiera asignado en su primera inscripción.

Por otro lado, las anotaciones versarán sobre nombramientos, tomas de posesión, ceses en los puestos de trabajo, cambios de situación administrativa, reingresos, jubilación, reconocimiento de trienios, autorización de compatibilidades, títulos, diplomas, permisos, sanciones, condecoraciones, y en general, como hemos dicho, cuando actos incidan en la vida administrativa del funcionario.

Según lo previsto en el RD 2073/1999 en su artículo 10, los actos relativos al personal comprendido en su ámbito darán lugar a dos tipos de asientos registrales: **inscripciones y anotaciones**.

- a) Son **inscripciones** aquellos asientos en los que se registra el establecimiento de cualquier relación laboral o funcional de una persona con la Administración.
- b) Son **anotaciones** aquellos asientos por los que se registran los actos administrativos, resoluciones y otros datos relevantes para las personas inscritas. Las anotaciones registrales podrán ser ordinarias, provisionales y marginales.

6. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y PROVISION DE PUESTOS DE TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El procedimiento selectivo se inicia con la convocatoria aprobada conforme a la Oferta Pública de Empleo que, junto con sus bases, se publicará en el Boletín Oficial correspondiente. Las convocatorias deberá contener las **especificaciones** propias de estos procesos: número y características de las plazas, lugar al que se deben dirigir las instancias, condiciones y requisitos que deban reunir los aspirantes, sistema selectivo (**oposición**), pruebas y en su caso, relación de méritos que pueden aportar los aspirantes (**concurso-oposición**). Además, deberán prever expresamente que los Tribunales no podrán aprobar ni declarar aptos a un número de aspirantes superior a las plazas convocadas, so pena de nulidad de pleno derecho de la resolución.

Las convocatorias deben indicar también el plazo de presentación de las instancias (con carácter general 20 días naturales, a contar del día siguiente a la publicación de la convocatoria), así como el porcentaje de plazas que, en su caso, deben proveerse por el sistema de **promoción interna**, turno de selección que corresponde a quienes ya son funcionarios de un Grupo inferior.

Terminado el proceso selectivo se harán públicas las **listas de los aprobados** y el orden de puntuación. Los aspirantes propuestos aportarán, en el plazo de 20 días, los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y demás requisitos exigidos en la convocatoria (salvo que los hayan aportado junto a la instancia o solicitud por exigencias de la convocatoria). Quienes no lo hagan no podrán ser nombrados funcionarios, así como tampoco los que no superen el **período de prácticas**, si estuviera previsto el curso de formación. Después, los candidatos serán nombrados y previo **juramento o promesa de acatamiento a la Constitución**, tomarán posesión en el plazo de un mes desde la notificación de su nombramiento, y se les adjudicará

destino de acuerdo con las peticiones de los interesados entre los puestos ofertados, según el orden establecido en el proceso selectivo.

El art. 59 EBEP dispone que en ofertas de empleo público se reservará un **cupo no inferior al 7%** de las vacantes para ser cubiertas entre **personas con discapacidad**, considerando como tales las definidas en el artículo 1 de la **Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad** y el **Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003**, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las funciones, de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales en cada Administración pública.

Esta reserva se realizará de manera que, al menos, el **2%** de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas con personas que acrediten **discapacidad intelectual** y el resto de las plazas ofertadas lo sean para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Cada Administración adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo, y una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 35

ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO. SITUACIONES DE LOS FUNCIONARIOS. SUPUESTOS Y EFECTOS DE CADA UNA DE ELLAS.

1. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO.

1º) Adquisición.

Según lo previsto en el **art. 62 EBEP**, la condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

- a) Superación del proceso selectivo.
- b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.
- c) Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.
- d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

A efectos de lo dispuesto en el apartado b) anterior, no podrán ser funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria.

Una vez superadas las pruebas y en su caso, el **curso adicional de formación**, el aspirante será nombrado funcionario, publicándose su nombramiento en el BOE (o en el de la CCAA, según proceda).

El momento del acatamiento citado anteriormente se produce simultáneamente con el acto de toma de posesión del cargo, en el plazo de un mes (en la AGE) desde la notificación o publicación del nombramiento.

El perfeccionamiento posterior del funcionario, que la **Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964**, configuraba como un deber del funcionario, se considera en actualidad más bien como un derecho. Se trata de una tarea que las leyes encomiendan a las diferentes escuelas de formación. En el caso de la AGE, hay que mencionar en primer lugar el **Instituto Nacional de Administración Pública**, organismo al que se encomienda la coordinación, control y, en su caso realización de cursos de formación y perfeccionamiento. Hay igualmente Escuelas de formación de algunos Cuerpos especiales (Escuela de Policía, Escuela Judicial, etc.), y las CCAA disponen también de Escuelas y Centros con características similares.

2º) Pérdida.

El **art. 63 del EBEP** enumera las causas por las que se pierde la condición de funcionario. Estas causas son:

- **La renuncia a la condición de funcionario** (art. 64 EBEP). La renuncia deberá formularse por escrito y aceptarse expresamente por la Administración. Esta aceptación no procederá cuando el funcionario esté sujeto a expediente disciplinario, se haya dictado en su contra auto de procesamiento (o apertura de juicio oral por la presunta comisión de un delito), o cuando la Administración establezca plazos mínimos de permanencia hasta que considere amortizada la costosa formación del funcionario (caso por ejemplo de los pilotos militares). La renuncia no inhabilita para ingresar de nuevo en la Administración a través del procedimiento de selección establecido.

- **La pérdida de la nacionalidad** (española, o en el caso de los ciudadanos comunitarios, la de su respectivo país) (art. 65 EBEP).
- **La jubilación total** del funcionario, forma ordinaria de pérdida de la condición funcional.
- **La sanción disciplinaria de separación del servicio** que tuviera carácter **firme**.
- **La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial** (art. 66 EBEP) para cargo público que tuviere carácter **firme**. La 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 condena (art. 41 Código Penal). La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere (no sobre todos, como la inhabilitación absoluta) y de los honores que le sean anejos. Produce también la incapacidad para obtener el mismo cargo u otros análogos durante el tiempo de la condena.

Siendo la jubilación del funcionario la forma ordinaria de pérdida de dicha condición, el EBEP admite las siguientes modalidades en su art. 67:

- **Jubilación voluntaria**, a voluntad del interesado, siempre que reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable (arts. 67.1.a y 67.2 EBEP).
- **Jubilación forzosa**, 65 años, aunque se prevé que se podrá solicitar la prolongación voluntaria en el servicio activo hasta los 70. La Administración debe resolver motivadamente la solicitud, denegándola o aceptándola. El propio precepto (art. 67.3) dice que de lo dispuesto con carácter general quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación, por ejemplo Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad, que se jubilan a los 70 años (arts. 67.1.b y 67.3 EBEP).
- **Jubilación por incapacidad permanente** para el ejercicio de funciones propias del Cuerpo o Escala.
- **Jubilación parcial**, a solicitud del funcionario, cuando se den los supuestos y requisitos establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

En caso de extinción de la relación funcional por pérdida de la nacionalidad o jubilación por incapacidad permanente, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó se podrá solicitar la **rehabilitación** de la condición de funcionario (art. 68.1 EBEP); en caso de silencio, será positivo. Y excepcionalmente (art. 68.2 EBEP) los órganos de Gobierno de la Administración podrán conceder también la rehabilitación, a petición del interesado, si el funcionario hubiera perdido tal condición al haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo al delito cometido. En caso de silencio de la Administración, se entenderá desestimada la petición.

2. SITUACIONES DE LOS FUNCIONARIOS: SUPUESTOS Y EFECTOS DE CADA UNA DE ELLAS.

Desde que entra al servicio de la Administración, el funcionario puede pasar por diversas situaciones o vicisitudes de carácter administrativo, que se regulan en el **Título VI del RDL 5/2015, EBEP**. Estas situaciones administrativas son:

- **Servicio activo**: (art. 86 EBEP) Se hallan en esta situación quienes prestan servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u organismo público o entidad en el que se encuentren destinados y no les corresponda quedar en otra situación. Gozan de todos los

derechos inherentes a su condición y quedan sujetos a los deberes y responsabilidades derivados de la misma. Se rigen por las normas del EBEP y por la normativa de función pública de la Administración Pública en que presten servicios. En servicio activo también está el funcionario en comisión de servicios y, naturalmente, el que esté disfrutando de permisos y licencias.

- **Servicios especiales:** (art. 87 EBEP) Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales:

- a. Cuando sean designados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las CCAA y ciudades de Ceuta y Melilla, miembros de Instituciones de la Unión Europea o de organizaciones internacionales, o sean nombrados altos cargos de las citadas AAPP o Instituciones.
- b. Cuando sean autorizados para realizar una misión por periodo determinado superior a seis meses en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.
- c. Cuando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en organismos públicos o entidades, dependientes o vinculados a las AAPP asimilados a altos cargos.
- d. Cuando sean adscritos a los servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo, o destinados al Tribunal de Cuentas en los términos previstos en el artículo 93.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
- e. Cuando accedan a la condición de Diputado o Senador o miembros de las asambleas legislativas de las CCAA si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función. Aquellos que pierdan dicha condición por disolución de las correspondientes cámaras o terminación del mandato de las mismas podrán permanecer en la situación de servicios especiales hasta su nueva constitución.
- f. Cuando se desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Asambleas de las ciudades de Ceuta y Melilla y en las entidades locales, cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales y cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas.
- g. Cuando sean designados para formar parte del Consejo General del Poder Judicial o de los consejos de justicia de las comunidades autónomas.
- h. Cuando sean elegidos o designados para formar parte de los Órganos Constitucionales o de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas u otros cuya elección corresponda al Congreso de los Diputados, al Senado o a las asambleas legislativas de las CCAA.
- i. Cuando sean designados como personal eventual por ocupar puestos de trabajo con funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento político y no opten por permanecer en la situación de servicio activo.
- j. Cuando adquieran la condición de funcionarios de organizaciones internacionales.
- k. Cuando sean designados asesores de los grupos parlamentarios de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las CCAA.
- l. Cuando sean activados como reservistas voluntarios para prestar servicios en las FAS.

Quienes se encuentren en situación de servicios especiales percibirán las **retribuciones** del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento. El tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios,

promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación. No será de aplicación a los funcionarios públicos que, habiendo ingresado al servicio de las instituciones comunitarias europeas, o al de entidades y organismos asimilados, ejerçiten el derecho de transferencia establecido en el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas.

Quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reincorporarse 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. En este sentido, las AAPP velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidentes de diputaciones o de cabildos o consejos insulares, Diputados o Senadores y miembros de las asambleas legislativas de las CCAA. Como mínimo, recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente AAPP.

La declaración de esta situación procederá en todo caso, en los supuestos que se determinen en el EBEP y en las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo.

- **Servicio en otras Administraciones Públicas:** (art. 88 EBEP) Los funcionarios de carrera que, en virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtengan destino en una Administración Pública distinta, serán declarados en la situación de servicio en otras AAPP. Se mantendrán en esa situación en el caso de que por disposición legal de la Administración a la que acceden se integren como personal propio de ésta.

Los funcionarios transferidos a las CCAA se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas, hallándose en la situación de servicio activo en la Función Pública de la comunidad autónoma en la que se integran.

Las CCAA al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el Grupo o Subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que tuviesen reconocido.

Los funcionarios transferidos mantienen todos sus derechos en la Administración Pública de origen como si se hallaran en servicio activo de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía y se reconoce la igualdad entre todos los funcionarios propios de las CCAA con independencia de su Administración de procedencia.

Los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras AAPP que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. El tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

Los funcionarios que reingresen al servicio activo en la Administración de origen, procedentes de la situación de servicio en otras AAPP, obtendrán el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva conforme al procedimiento previsto en los convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración que establecen medidas de movilidad interadministrativa, previstos en el art. 84 del EBEP. En defecto de tales convenios o instrumentos de colaboración, el reconocimiento se realizará por la Administración Pública en la que se produzca el reingreso.

- **Excedencias:** (art. 89 EBEP) Podrá adoptar alguna de las formas siguientes:

- a. Excedencia voluntaria por interés particular.
- b. Excedencia voluntaria por agrupación familiar.
- c. Excedencia por cuidado de familiares.
- d. Excedencia por razón de violencia de género.
- e. Excedencia por razón de violencia terrorista.

Los funcionarios de carrera podrán obtener la **excedencia voluntaria por interés particular** cuando hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las AAPP durante un periodo mínimo de 5 años inmediatamente anteriores.

No obstante, las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP podrán establecer una duración menor del periodo de prestación de servicios exigido para que el funcionario de carrera pueda solicitar la excedencia y se determinarán los periodos mínimos de permanencia en la misma.

Esta situación quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas y no podrá declararse cuando al funcionario público se le instruya expediente disciplinario.

Procederá declarar de oficio la excedencia voluntaria por interés particular cuando finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo en que se determine reglamentariamente.

Quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

Podrá concederse la **excedencia voluntaria por agrupación familiar** sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante el periodo 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 fijo en cualquiera de las AAPP, 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 CCAA, así como en la Unión Europea o en organizaciones internacionales.

No se devengan retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

Los funcionarios de carrera tendrán derecho a un período de **excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo**, tanto cuando lo sea por acogimiento permanente, 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 3 años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

El período de excedencia será único por cada sujeto causante. Si se da origen a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto 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 Seguridad Social que sea de aplicación. El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos, durante 2 años. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución. Y los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Las funcionarias víctimas de **violencia de género**, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.

Durante los 6 primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.

Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por 3 meses, con un máximo de 18, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

Durante los 2 primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Los funcionarios que hayan sufrido **daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista**, así como los amenazados en los términos del **art. 5 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo**, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o sentencia judicial firme, tendrán derecho a disfrutar de un periodo de excedencia en las mismas condiciones que las víctimas de violencia de género.

Dicha excedencia será autorizada y mantenida en el tiempo en tanto que resulte necesaria para la protección y asistencia social integral de la persona a la que se concede, ya sea por razón de las secuelas provocadas por la acción terrorista, ya sea por la amenaza a la que se encuentra sometida, en los términos previstos reglamentariamente.

El EBEP no menciona la **excedencia forzosa aplicable a los funcionarios en expectativa de destino**, pero no deroga el art. 29 de la Ley 30/84, que la regula de tal manera que los funcionarios declarados en expectativa de destino pasarán a la situación de excedencia forzosa por las causas siguientes:

- a. El transcurso del período máximo fijado para la misma.
- b. El incumplimiento de las obligaciones determinadas en el párrafo segundo del apartado 5 del presente artículo.

Quienes se encuentren en esta modalidad de excedencia forzosa tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Vendrán obligados a participar en los concursos convocados a puestos adecuados a su Cuerpo, Escala o categoría que les sean notificados, así como a aceptar los destinos que se les señalen en puestos de características similares y a participar en los cursos de capacitación que se les ofrezcan. Y no podrán

desempeñar puestos de trabajo en el sector público. Si obtienen puesto de trabajo en dicho sector, pasarán a la situación de excedencia voluntaria regulada en el apartado 3.a. Pasando a la situación de excedencia voluntaria por interés particular cuando incumplan las obligaciones a que se refiere este apartado.

En el ámbito de la AGE, corresponde al Ministerio de Hacienda acordar su declaración y el pase a la excedencia voluntaria de estos excedentes forzosos, así como la gestión del personal afectado.

Todo lo anterior relativo a la excedencia forzosa aplicable a los funcionarios en expectativa de destino según lo previsto en el número 6 del artículo 29 de la Ley 30/84, introducido por **Ley 22/1993, de 29 diciembre, de Medidas Fiscales, de reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de Protección por Desempleo**.

- **Suspensión de funciones:** regulada en el art. 90 EBEP mediante la que el funcionario declarado en ella quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición. La suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses. La suspensión firme se impondrá en virtud de sentencia dictada en causa criminal o en virtud de sanción disciplinaria y no podrá exceder de 6 años. El funcionario declarado en esta situación no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los organismos públicos, agencias, o entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción. Y podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, en los términos establecidos en este Estatuto.

No obstante (art. 85 EBEP), las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP podrán regular **otras situaciones administrativas** de los funcionarios de carrera en los supuestos y condiciones y con los efectos que 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 conllevar garantías de índole retributiva o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo.

Con respecto al **Reingreso al servicio activo** (art. 91 EBEP), reglamentariamente se regularán los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, 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 que proceda conforme al presente Estatuto.

Y relativo a las **Situaciones del personal laboral** (art. 92 EBEP), este personal se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación. Y 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.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 36

PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. LOS DEBERES Y DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS. LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.

1. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

La provisión de puestos de trabajo en la AGE y la movilidad del personal funcionario se contemplan en los arts. 78 y siguientes del EBEP, el primero de los cuales establece los principios y procedimientos de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de carrera:

- Las AAPP proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los **principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad**.
- La provisión de puestos de trabajo en cada AAPP se llevará a cabo por los **procedimientos de concurso y libre designación** con convocatoria pública (no es el procedimiento de acceso al empleo público, sino la provisión de vacantes entre funcionarios que ya han accedido a la misma).
- Las **Leyes de la Función Pública** dictadas en desarrollo del EBEP podrán establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas, 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.

Artículo 79 EBEP. Concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera.

El concurso es el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, y consiste en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados técnicos, cuya composición responde al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad mujer/hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad.

Las leyes que se dicten en desarrollo del EBEP establecerán plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo.

En las convocatorias de concursos podrá establecerse una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la antigüedad, la condición de víctima del terrorismo, en los términos fijados en el artículo 35 de la **Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo**, siempre que se acredite que la obtención del puesto sea preciso para la consecución de los fines de protección y asistencia social integral de estas personas. Y para su acreditación, reglamentariamente se determinarán los órganos competentes para la emisión de los correspondientes informes. En todo caso, cuando se trate de garantizar la protección de las víctimas será preciso el informe del Ministerio del Interior.

En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada AAPP y con las garantías inherentes de dicho sistema.

Artículo 80 EBEP. Libre designación con convocatoria pública del personal funcionario de carrera.

La libre designación con convocatoria pública 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 dictadas en desarrollo del EBEP establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza deban cubrirse por libre designación con convocatoria pública pudiendo recabarse la intervención de especialistas para apreciar la idoneidad de los candidatos.

Éstos, podrán ser cesados discrecionalmente y se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada AAPP y con las garantías inherentes de dicho sistema.

Artículo 81 EBEP. Movilidad del personal funcionario de carrera.

Cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos.

Las AAPP, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los trasladados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los trasladados forzados.

En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo establecido.

Artículo 82 EBEP. Movilidad por razón de violencia de género y por razón de violencia terrorista.

Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. La Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.

Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso protegiéndose en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.

Para hacer efectivo su derecho a la protección y a la asistencia social integral, los funcionarios que hayan sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad, y los hijos de los heridos y fallecidos, siempre que ostenten la condición de funcionarios y de víctimas del terrorismo de acuerdo con la legislación vigente, así como los funcionarios amenazados en los términos del artículo 5 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, cuando la vacante sea de necesaria cobertura o, en caso contrario, dentro de la comunidad autónoma. Aun así, en tales supuestos la Administración Pública competente estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que el interesado expresamente solicite.

Este traslado también tendrá la consideración de traslado forzoso y en todo caso este derecho podrá ser ejercitado en tanto resulte necesario para la protección y asistencia social integral de la persona a la que se concede, ya sea por razón de las secuelas provocadas por la acción terrorista, ya sea por la amenaza a la que se encuentra sometida, en los términos previstos reglamentariamente. De igual forma, en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia terrorista se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.

Artículo 83 EBEP. Provisión de puestos y movilidad del personal laboral.

La provisión de puestos y movilidad 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 y movilidad del personal funcionario de carrera.

Artículo 84 EBEP. La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas.

Para lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la AGE, CCAA y las entidades locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa.

La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad.

Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra AAPP a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de remoción o supresión del puesto de trabajo obtenido por concurso, 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 dicha Administración.

En el supuesto de cese del puesto obtenido por libre designación, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, podrá acordar su adscripción a otro puesto de la misma o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración.

Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso. De no solicitarse el reingreso al servicio activo en plazo será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde el día siguiente a que hubiesen cesado en el servicio activo en la Administración de destino.

2. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS.

1º) Derechos.

El EBEP, en su Título III, Capítulo I señala un catálogo derechos de los funcionarios, diferenciando entre derechos individuales (incluyendo los retributivos) y derechos colectivos.

a) **Derechos individuales** (art. 14 EBEP) en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:

1. A la **inamovilidad** en la condición de funcionario de carrera.
2. Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional.
3. A la **progresión en la carrera profesional y promoción interna** según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.
4. A percibir las **retribuciones** y las indemnizaciones por razón del servicio.
5. 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 a desarrollar.
6. A la defensa jurídica y protección de la AAPP en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones.
7. A la **formación continua** y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral.
8. 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.
9. 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.
10. A la **adopción de medidas que favorezcan la conciliación** de la vida personal, familiar y laboral.
11. A la **libertad de expresión** dentro de los límites del ordenamiento jurídico.
12. A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
13. A las **vacaciones, descansos, permisos y licencias**.
14. A la **jubilación** según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables.
15. A las **prestaciones de la Seguridad Social** correspondientes al régimen de aplicación.
16. A la libre asociación profesional.
17. A los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

b) **Derechos individuales ejercidos colectivamente** (art. 15 EBEP):

1. **Libertad sindical**.
2. **Negociación colectiva** y participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
3. Ejercicio de **huelga**, con garantía del mantenimiento de servicios esenciales de la comunidad.
4. **Conflictos colectivos de trabajo**, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.
5. Al de **reunión**, en los términos establecidos en el artículo 46 del EBEP.

c) **Derechos retributivos**. Los funcionarios tendrán derecho a las siguientes retribuciones (arts. 21 a 30 EBEP):

Según el art. 21, 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 ley de presupuestos, sin que puedan acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

Las Retribuciones de los funcionarios (art 22) se clasifican en básicas y complementarias.

Retribuciones básicas (art. 23). Retribuyen según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional y por su antigüedad en el mismo. Dentro de ellas están comprendidos los componentes de sueldo, trienios, y pagas extraordinarias.

Retribuciones complementarias (art. 24). Retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario. Se establecen en función de la progresión dentro de su carrera; la dificultad técnica de la tarea a desarrollar; el grado de interés, iniciativa y esfuerzo, y servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

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 aquéllas a las que se refieren los apartados c) y d) del artículo 24 (grado de interés y servicios extraordinarios).

Y finalmente 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.

d) **Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones** (arts. 47 a 51 EBEP):

1. **Jornada de trabajo de los funcionarios públicos** (art 47). A tiempo completo o parcial.
2. **Permisos de los funcionarios públicos** (art. 48).
 - i. Por **fallecimiento, accidente o enfermedad grave** de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, 3 días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y 5 días hábiles cuando sea en distinta localidad. Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de 2 días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de 4 días hábiles cuando sea en distinta localidad.
 - ii. Por **traslado de domicilio** sin cambio de residencia, un día.
 - iii. Para realizar **funciones sindicales** o de representación del personal.
 - iv. Para concurrir a **exámenes finales** y pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.
 - v. Por el tiempo indispensable para la realización de **exámenes prenatales** y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las sesiones de información y preparación y para la realización de los informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad.
 - vi. Por **lactancia** de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada. Podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

- vii. Por **nacimiento de hijos prematuros** o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, se tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de 2 horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.
 - viii. Por **razones de guarda legal**, cuando se 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 la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda. Tendrá el mismo derecho si se precisa 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.
 - ix. Por ser preciso atender el **cuidado de un familiar** de primer grado, se 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. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.
 - x. Por 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.
 - xi. Por **asuntos particulares**, seis días al año.
 - xii. Por **matrimonio**, quince días.
3. **Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para víctimas de terrorismo y sus familiares directos** (art. 49). En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:
- i. **Permiso por parto:** 16 semanas ininterrumpidas. Se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo, y por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple. Se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que 6 semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste de permiso. En el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. En los casos de disfrute simultáneo, la suma de los mismos no podrá exceder de las 16 semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad o parto múltiple. Podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que se determinen. En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales.

- ii. **Permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento**, tanto temporal como permanente: 16 semanas ininterrumpidas. Se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de disfrute. En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos. En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las 16 semanas o de las que correspondan. Podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que se determinen. Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta 2 meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas. Con independencia de este permiso de hasta 2 meses y para el supuesto que se contempla, el permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, podrá iniciarse hasta 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento. Los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el CC o en las leyes civiles de las CCAA que los regulen, debiendo tener el acogimiento temporal una duración no inferior a un año.
- iii. **Permiso de paternidad por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo:** 5 semanas ampliables según lo previsto en la **Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018**, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Es independiente del disfrute compartido de los permisos contemplados en los apartados i) y ii). En los casos previstos en los apartados i), ii), y iii) 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 de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo 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 periodo de disfrute del permiso. Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad, adopción guarda con fines de adopción o acogimiento tanto temporal como permanente, tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

- iv. **Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria:** las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas 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. Asimismo, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o 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 sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.
- v. **Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave:** el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o 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 o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Cuando concurran en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.
- vi. Para hacer efectivo su derecho a la protección y a la asistencia social integral, los funcionarios que hayan sufrido **daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista**, su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, y los hijos de los heridos y fallecidos, siempre que ostenten la condición de funcionarios y de víctimas del terrorismo de acuerdo con la legislación vigente, así como los funcionarios amenazados en los términos del art. 5 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, previo

reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme, tendrán derecho a la reducción de la jornada con 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 sean aplicables, en los términos que establezca la Administración competente en cada caso. Dichas medidas serán adoptadas y mantenidas en el tiempo en tanto que resulten necesarias para la protección y asistencia social integral de la persona a la que se concede, ya sea por razón de las secuelas provocadas por la acción terrorista, ya sea por la amenaza a la que se encuentra sometida, en los términos previstos reglamentariamente.

4. **Vacaciones de los funcionarios públicos** (art. 50). Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, 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. No se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.

Cuando las situaciones de permiso de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo impidan iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, o una vez iniciado el periodo vacacional sobreviniera una de dichas situaciones, el periodo vacacional se podrá disfrutar aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

5. **Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral** (art. 51). Segundo lo establecido en los arts. 47 a 50 del EBEP.

2º) Deberes.

Se establece **por primera vez** (arts. 52 a 54 EBEP) en nuestro ordenamiento jurídico una regulación general de los deberes básicos de los funcionarios (también del personal laboral), fundada en principios éticos y normas de comportamiento o de conducta, que componen un verdadero **Código de conducta**.

Este Código abarca **principios éticos** (art. 53) y **principios de conducta** (art. 54) como el respeto a la CE y al resto de las normas, la actuación conforme a los principios de 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 de hombres y mujeres entre otros.

3. LA PROMOCION PROFESIONAL.

El **Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna y la evaluación del desempeño** viene definido en los artículos arts. 16 a 20 EBEP:

A tenor de lo previsto en el citado artículo 16 los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional, definida 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. Y las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP 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:

- a. **Carrera horizontal**, que 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 los arts. 17.b y 20.3 EBEP.
- b. **Carrera vertical**, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el capítulo III del título V EBEP.
- c. **Promoción interna vertical**, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el art. 18.
- d. **Promoción interna horizontal**, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 18.

Los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.

El **personal laboral** tendrá derecho a la promoción profesional según lo previsto en el art. 19, y su carrera profesional y promoción se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos.

Relativo a la evaluación del desempeño prevista en el art. 20 EBEP, las AAPP establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados.

La **evaluación del desempeño** es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados y sus sistemas de evaluación 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 art. 24 EBEP. Y 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 art. 24.c EBEP y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en sus apartados 1 y 2.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 37

LAS INCOMPATIBILIDADES. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: FALTAS, SANCIONES Y PROCEDIMIENTO. EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS. MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.

1. LAS INCOMPATIBILIDADES.

Los funcionarios están sometidos a un sistema de incompatibilidades contenido en la **Ley 53/1984, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas** y su Reglamento aprobado por **Real Decreto de 30 de Abril de 1985**. En esencia, los funcionarios no pueden compatibilizar un segundo puesto de trabajo en el Sector público, ni en general, percibir más de una remuneración o derecho de contenido económico con cargo los Presupuestos públicos.

La regla admite **excepciones** limitadas en el caso de la **función docente** (Profesores universitarios asociados a tiempo parcial) y **sanitaria** (plazas asistenciales de médicos de hospitales públicos que son desempeñadas por Profesores pertenecientes a Cuerpos docentes universitarios). Además, la Ley prevé otros supuestos limitados de compatibilidad (como el caso de los funcionarios elegidos miembros de las Corporaciones locales que no están en dedicación exclusiva en dicho cargo electivo), y autoriza al Consejo de Ministros y a los Gobiernos de las CCAA a determinar otros supuestos por razones de interés público.

En todo caso será exigible la previa y expresa **declaración de compatibilidad**, que no podrá suponer modificación de la jornada laboral de los dos puestos, menoscabar el cumplimiento de los deberes funcionariales, comprometer la imparcialidad del funcionario o afectar al interés público. La cantidad total percibida por el desempeño de dos puestos de trabajo en el Sector público, en los casos en que sea posible y se autorice, no podrá superar determinados porcentajes del sueldo principal.

Las **actividades privadas** del funcionario siguen un régimen diferente. Aquí cabe la compatibilidad con ciertos límites y siempre que se obtenga la pertinente declaración de compatibilidad. Están excluidas de dicha compatibilidad las actividades privadas directamente relacionadas con el puesto público que ocupe el funcionario. Tampoco es posible la concesión de la autorización cuando la actividad privada comprometa la imparcialidad o independencia del funcionario, o cuando éste perciba ciertos complementos o esté sometido al régimen de dedicación exclusiva. Tampoco es posible la compatibilidad para desarrollar actividades relacionadas con asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir en razón de su puesto. Tampoco puede ser o participar con más del 10% del capital de empresas contratistas o concesionarias de la Administración.

Un régimen de incompatibilidades especial a tener en cuenta es el de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la AGE, contenido en la **Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado**.

2. REGIMEN DISCIPLINARIO.

El régimen disciplinario se contiene en el **Título VII del EBEP**. Por **régimen disciplinario** se entiende “*la regulación de la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes propios del funcionario y que es exigida por la Administración a la que el empleado público está adscrito, mediante la incoación del oportuno procedimiento disciplinario*”, diferenciándose del **procedimiento sancionador común**, al que se sujetan, en su caso, el resto de las personas. En definitiva, se trata de una manifestación de la posición de prerrogativa o

supremacía especial de que goza la Administración respecto de sus funcionarios, a los que puede imponer sanciones al margen del Juez penal, que es el único que tiene el monopolio de juzgar y sancionar conductas calificadas de delictivas, pero no aquellas que el ordenamiento jurídico califica o describe como ilícitos administrativos. Basta recordar que la CE admite implícitamente la potestad sancionadora de la Administración en el art. 25.1 (*"nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa"*) y la potestad disciplinaria, como acabamos de decir, viene a ser una manifestación concreta de aquélla.

En realidad, la potestad disciplinaria es una consecuencia del principio de jerarquía (de hecho, en cualquier organización existe una disciplina interna para mantener el orden, la imagen y el prestigio de esa organización) y que, en todo caso, está sometida al principio de legalidad, esto es, a la previsión legal de las conductas sancionables y las correlativas sanciones. Así, el art. 94 EBEP dispone que la potestad disciplinaria se ejercerá con arreglo a los principios siguientes:

- Principio de **legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones**.
- Principio de **irretroactividad de las sanciones no favorables y retroactividad de las favorables** al presunto infractor.
- Principio de **proporcionalidad**.
- Principio de **culpabilidad**.
- Principio de **presunción de inocencia**.

El EBEP, al igual que la normativa anterior, sólo identifica las **faltas muy graves** (art. 95.2), remitiendo la tipificación de las **graves** a las Leyes estatales y autonómicas, y las **leves** a las Leyes de desarrollo de la Función pública. En el ámbito de la AGE las faltas graves están tipificadas en un **Reglamento disciplinario de 1986**, lo que plantea algunos problemas. En primer lugar, porque el Reglamento no parece que tenga carácter básico (todo lo más, podría tener carácter supletorio). Y además, aunque se aplique sólo a los funcionarios estatales, sucede que es una norma reglamentaria, lo que plantea el problema de su adecuación al principio de legalidad sancionatoria.

La **Jurisprudencia del TC** se ha referido a esta cuestión al admitir que el régimen disciplinario es una cuestión que encaja dentro del concepto de estatuto funcional al que alude el art. 103.3 CE. Pero lo cierto es que el EBEP no contiene todas las previsiones (al tratar sólo las faltas muy graves), por lo que la remisión al Reglamento citado produce alguna inseguridad jurídica. En algunas CCAA este problema se ha solucionado al prever sus Leyes las infracciones graves y leves. Pero en otras no, como tampoco en la AGE.

3. FALTAS, SANCIONES Y PROCEDIMIENTO.

El **art. 95**, después de calificar las faltas en muy graves, graves y leves, enuncia una serie de actos que califica como de **muy graves**, en una larga lista con 17 apartados. De entre ellos destacamos:

- El incumplimiento del deber respecto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía.
- El abandono del servicio y la negligencia en la custodia de secretos oficiales.
- La desobediencia abierta a las órdenes e instrucciones de un superior, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.
- El notorio incumplimiento de las funciones y el acoso laboral.
- La prevalencia de su condición para obtener un beneficio indebido, para sí o para otro.

- El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.

Las infracciones o faltas graves o leves hay que buscarlas en el Reglamento disciplinario de 1986, donde se describe un amplio abanico de conductas. Entre las **faltas graves**, podemos citar:

- La falta de obediencia debida a superiores y autoridades.
- El abuso de autoridad.
- La desconsideración grave a compañeros, superiores y subordinados.
- La intervención en un procedimiento mediando causa de abstención.
- La violación del deber de sigilo.
- La falta de rendimiento que afecte a los servicios de forma grave.
- La emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales.

Y en relación a las **faltas leves**, citamos:

- El incumplimiento injustificado del horario.
- La incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados.
- El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones.
- El incumplimiento de sus obligaciones siempre que no sea calificado como falta muy grave o grave.

Las **SANCIIONES** previstas (art. 96 EBEP) van desde el mero **apercibimiento** a la **separación definitiva del servicio**, pasando por el **traslado con cambio de residencia** o la **suspensión de funciones**. Existen dos sanciones nuevas: el **traslado forzoso sin cambio de residencia** y el **demérito**, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. Por otra parte, el alcance de la sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, el descuido o negligencia revelado en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia y el grado de participación (art. 96.3). La **separación del servicio** sólo puede imponerse por infracciones muy graves.

Las sanciones se imponen siguiendo un **PROCEDIMIENTO** (art. 98 EBEP), con separación entre la **Fase instructora** y la **Fase sancionadora**, en el que es imprescindible la audiencia del interesado, y del que cabe destacar sus subfases más destacadas que son:

- **Iniciación del expediente sancionador**, pudiendo adoptarse **medidas provisionales** como la suspensión cautelar por un máximo de seis meses.
- Formalización de un **pliego de cargos**, posibilidad de un **escrito de descargos**, realización, en su caso, de pruebas, alegaciones finales y propuesta de resolución.
- **Resolución final** por el órgano competente, que es siempre recurrible.

Para finalizar, hay que recordar que **tanto las infracciones como las sanciones prescriben**. Las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Por su parte las sanciones impuestas por falta muy grave prescriben a los tres años, las impuestas por falta grave a los dos años y las impuestas por falta leve al año (art. 97).

El plazo de prescripción de las faltas comenzará a contarse desde que se hubieran cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. Y el de las sanciones, desde la firmeza de la resolución sancionadora.

4. EL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS: MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.

El sistema de Seguridad Social de los funcionarios de la AGE está integrado por dos mecanismos de cobertura:

- a) El **régimen de Clases Pasivas**, regulado en el Texto Articulado aprobado por **Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de Abril de 1987, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado**.
- b) El **régimen de Mutualismo administrativo**, regulado por un Texto refundido aprobado por **Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado**.

Ambos mecanismos de cobertura garantizan a los funcionarios de la AGE las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, dando cumplimiento así al mandato constitucional (art. 41).

- **A través del Régimen de Clases Pasivas**, el Estado garantiza a este personal estatal la protección frente a los riesgos de la vejez, la incapacidad, la muerte y supervivencia. Dichas **prestaciones** se articulan en forma de pensiones de jubilación y retiro y pensiones de viudedad y orfandad, pensiones que pueden ser ordinarias o extraordinarias en los términos concretos de la Ley, que regula el hecho causante, la cuantía y el modo de calcularla.
- **Mediante el Régimen de Mutualismo administrativo**, se prevén para los funcionarios del Estado una serie de prestaciones que gestiona un Organismo Autónomo, la **Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)**. Las **contingencias** de las que el funcionario y sus familiares directos quedan protegidos son la enfermedad, la incapacidad temporal, la incapacidad permanente y las cargas familiares. Las **prestaciones previstas** son la asistencia sanitaria (incluida la prestación farmacéutica) y otras prestaciones complementarias, subsidio por incapacidad temporal, prestaciones recuperadoras por incapacidad, prestaciones para remunerar a la persona encargada de la asistencia de un inválido, indemnizaciones por lesiones y secuelas producidas en actos de servicio, servicios sociales, prestaciones familiares por hijo minusválido, ayudas en casos de partos múltiples, etc.

Ante esta doble cobertura, desde tiempo atrás se demanda una mayor homogeneidad en el sistema de protección social de los funcionarios del Estado, en tanto unos disfrutan de protección mutualista y otros no, y es más, ni siquiera el Régimen de Clases Pasivas incluye a todos ellos. Pero más que por una unificación de los Regímenes especiales (incluidos el de las Fuerzas Armadas - ISFAS, y el del personal al servicio de la Administración de Justicia - MUGEJU), el legislador parece apostar por la incorporación de estos colectivos en el Régimen General de la Seguridad Social. Así se comprueba en el **Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo**, que ordena la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen general, entendiéndose por funcionarios de nuevo ingreso los que acceden a tal condición a partir del 1 de Enero de 2011, si bien a los exclusivos efectos de la protección por Clases pasivas, manteniéndose la acción protectora gestionada por las respectivas Mutualidades de funcionarios.

La finalidad declarada, sin embargo, ha estado ligada a la coyuntura económica: aumentar el número de cotizantes de la Seguridad Social y en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 38

EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. SELECCIÓN. FUNCIONES CONSTITUTIVA Y REGULADORA DEL CONTRATO DE TRABAJO. FORMA, VALIDEZ, EFICACIA Y NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO. EL PERÍODO DE PRUEBA. DERECHOS Y DEBERES E INCOMPATIBILIDADES DEL TRABAJADOR. LA LIBERTAD SINDICAL. LA ACTIVIDAD SINDICAL Y ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN. EL DERECHO DE HUELGA.

1. EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. SELECCIÓN.

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas está sujeto a una **doble normativa**:

- Por una parte, como empleado público, al **RDL 5/2015 (EBEP)**. De acuerdo con el art. 11 del mismo, *"es personal laboral el que en virtud de contrato formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las AAPP"*, El personal laboral así definido, a diferencia de los funcionarios de carrera, *"no podrá ejercer funciones que impliquen la participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las AAPP"*.
- En segundo lugar, como personal laboral, al **RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)**. La aplicación al personal laboral al servicio de las AAPP de la normativa expuesta, descansa en el art. 7 del EBEP a cuyo tenor *"el personal laboral al servicio de las AAPP se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así se disponga"*.

En función de la duración del contrato de trabajo del personal laboral podrá ser **fijo, por tiempo indefinido o temporal** (art. 11 EBEP).

2. FUNCIONES CONSTITUTIVA Y REGULADORA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo es un acuerdo por el que el trabajador presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador o empresario, en este caso, una Administración pública. Del concepto expuesto derivan los **caracteres del contrato de trabajo**, es decir, se trata de un acuerdo o **manifestación de voluntad "inter partes"** (de ahí su carácter consensual), **voluntario** (como algo inherente a la relación jurídica contractual), **retribuido** (si no hay retribución no hay contrato de trabajo), **por cuenta ajena** (los servicios se prestan por el trabajador para el empresario, que es quien adquiere la titularidad de los objetos, frutos o resultados del trabajo), y **dependiente o subordinado** (los servicios del trabajador se prestan dentro del ámbito de organización y dirección del empleador).

Definido el contrato de trabajo, parte de la doctrina se ocupa de resaltar los dos tipos de funciones que desempeña el contrato:

- **Función constitutiva:** de conformidad con el concepto de contrato configurado por el Código Civil, dominado por el principio de autonomía de la voluntad, la relación jurídica laboral se constituye por el contrato de trabajo, y de él derivan todas sus consecuencias.
- **Función reguladora:** el contrato de trabajo debe fijar las condiciones pactadas por las partes, que pueden ser, incluso, mejoradas. En ningún caso se admite, so pena de infracción administrativa

grave, que las condiciones de trabajo establecidas por disposiciones normativas sean peores que las pactadas en el contrato de trabajo.

3. FORMA, VALIDEZ, EFICACIA Y NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El **art. 8 ET** dispone que el contrato de trabajo “*se podrá celebrar por escrito o de palabra*”. En el caso del personal laboral al servicio de las AAPP, el contrato se formalizará siempre **por escrito** (art. 11 EBEP). Una copia del contrato será entregada por la Administración, en un plazo no superior a 10 días desde su formalización, a los representantes sindicales del personal laboral, con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente.

Por lo que respecta a la **valididad**, el contrato laboral, como su homónimo civil, será válido si reúne los requisitos esenciales para su formación, es decir, consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa lícita, requisitos no citados por la legislación laboral al considerarlos sobreentendidos en el contrato que regula. El art. 9 ET se rubrica con la expresión validez del contrato, en referencia a supuestos de nulidad parcial, que analizaremos a continuación.

En cuanto, a la **eficacia**, el art. 6 ET se refiere a ella en su enunciado, a propósito de la edad laboral, que comienza a partir de los 16 años, prohibiendo la Ley realizar horas extraordinarias a los menores de 18 años. Pero cuando se habla de eficacia de los actos jurídicos en general hay que referirse a la producción de los efectos jurídicos pretendidos, efectos que, en el contrato de trabajo pueden ser simultáneos a su formalización, o comenzar a producirse, por una serie de circunstancias, en fecha posterior. En este caso de habla de **eficacia demorada**.

La **nulidad del contrato de trabajo** se producirá cuando el contrato se celebre contraviniendo normas imperativas o prohibitivas (contrato laboral celebrado con un menor de 16 años), o exista ilicitud, imposibilidad o indeterminación del objeto, así como la existencia o ilicitud de la causa, que en este caso, y atendiendo a la función económico - social del contrato, será la voluntad de cambio entre trabajo y salario.

El contrato será **nulo** cuando se den los supuestos citados, o **anulable**, cuando existan los llamados vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación, o violencia moral). El ET distingue entre **nulidad total**, en cuyo caso el trabajador puede exigir la remuneración correspondiente al trabajo realizado, y **nulidad parcial** (por inclusión de alguna cláusula ilegal), en cuyo caso mediante el juego del principio de conservación del negocio, quedará sin efecto la parte viciada del contrato permaneciendo válido en lo restante. Y si el trabajador tuviere asignadas retribuciones especiales consignadas en la parte no válida del contrato (art. 9), será el Juez quien decida acerca de la subsistencia o supresión, en todo o en parte, de dichas retribuciones.

4. EL PERIODO DE PRUEBA.

Se conoce con este nombre aquella fase inicial de la relación de trabajo en la que se predisponen los mecanismos necesarios para que los sujetos de dicha relación conozcan sus características, así como las aptitudes del otro contratante, y pueden decidir acerca de la continuidad de la relación o no. Es **facultativo** (el art. 14.1 ET comienza diciendo que “*podrá concertarse por escrito un período de prueba...*”) y debe formalizarse **por escrito**, por lo que no cabe que en convenio colectivo se pacte la vigencia de un período de prueba para todo trabajador contratado dentro del ámbito de aplicación de aquél, siendo nulo el pacto que

establezca un período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la Administración bajo cualquier modalidad de contratación.

Su **duración**, en defecto de pacto o convenio, no podrá exceder, con carácter general, de 6 meses para los técnicos titulados, ni de 2 meses para los demás trabajadores. Este plazo último es el que habrá que aplicarse al personal laboral al servicio de las AAPP.

Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso (art. 14.2 ET). Trascurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados a efectos de antigüedad del trabajador en la Administración (art 14.3 ET).

5. DERECHOS Y DEBERES E INCOMPATIBILIDADES DEL TRABAJADOR.

1º) Derechos (art. 4 ET). **Derechos laborales básicos** del trabajador al servicio de la Administración:

- Al trabajo y libre elección de profesión u oficio.
- A la libre sindicación y a la negociación colectiva.
- A la adopción de medidas de conflicto colectivo.
- A la huelga y al derecho de reunión.
- A la información, consulta y participación en la empresa

Y en la relación de trabajo:

- A la ocupación efectiva.
- A la formación y promoción profesional.
- A no ser discriminados por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados en la Ley, origen racial, religión, ideas políticas, etc., ni por razones de discapacidad si se hallan en condiciones de aptitud para el desempeño de su trabajo.
- A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
- Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual.
- A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
- Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
- A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

2º) Deberes. Como deberes laborales básicos, el art. 5 del ET señala:

- Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto, conforme a la buena fe y diligencia debida.
- Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten.
- Cumplir las órdenes e instrucciones de la Administración contratante.
- Contribuir a la mejora de la productividad.
- Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

Además, el personal laboral queda sujeto, en su condición de empleado público, por prescripción expresa del EBEP (arts. 52 a 54), a los **deberes éticos y de conducta** o comportamiento exigibles a los funcionarios, algunos ya explicitados en el propio art. 5 ET.

3º) Incompatibilidades. El ET no cita las incompatibilidades de los trabajadores, pero los que se hallen al servicio de las AAPP quedan sujetos a la Ley 53/84.

6. LA LIBERTAD SINDICAL.

La libertad sindical es un derecho fundamental reconocido a los trabajadores en el art. 28.1 de la CE junto al derecho de huelga. Desarrollado por la **Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical**, en su art. 1 se declara el “*derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales*”, quedando exceptuados de este derecho:

- Los miembros de las FAS y de los Institutos Armados de carácter militar (como la Guardia Civil).
- Los Jueces, Magistrados y Fiscales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 127.1 CE.

El ejercicio de este derecho por los miembros de las FCSE que no tengan carácter militar se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerárquica de estos Institutos.

La libertad sindical comprende según el art. 2:

- El derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos por procedimientos democráticos.
- El derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo, o a separarse del que estuviere afiliado.
- El derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes.
- El derecho a la actividad sindical

7. LA ACTIVIDAD SINDICAL Y ORGANOS DE REPRESENTACION.

La actividad sindical constituye una de las facultades de la libertad sindical. Y el ejercicio de dicha actividad comporta, según la LO 11/1985, el **derecho a la negociación colectiva**, al **derecho de huelga**, al planteamiento de conflictos individuales o colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las AAPP, en lo previsto en las normas correspondientes. En este sentido la participación sindical de los empleados públicos con contrato laboral, se regirá por la legislación laboral (art. 32 EBEP).

En cuanto a los **órganos de representación** de los trabajadores en la empresa, el Título II del ET que regula esta materia distingue entre:

- Los **Delegados de personal**, que representan a los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores. Los delegados de personal serán elegidos por los trabajadores mediante sufragio libre, personal, secreto y directo en la cuantía siguiente: hasta 30 trabajadores, uno, y de 31 a 49, tres (art. 62 ET).
- Los **Comités de empresa**, que se constituyen en el órgano de representación y colegiado del conjunto de los trabajadores en empresas cuyo censo sea de 50 o más trabajadores (art. 63 ET).

Los delegados de personal y los comités de empresa tendrán las mismas competencias en el ámbito de sus respectivos centros de trabajo. En relación al personal laboral al servicio de las AAPP, tendrán derecho a ser informados y consultados por la Administración sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar a los trabajadores, y a emitir informe con carácter previo a su ejecución por la Administración sobre cuestiones tales como reestructuración de la plantilla, reducciones de jornada, traslado total o parcial de instalaciones, etc. Asimismo se encuentran entre sus competencias la vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, la vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene, igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, etc.

8. EL DERECHO DE HUELGA.

Art. 28.2 CE: “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”. La Ley de remisión no ha sido aún consensuada por los principales partidos, por lo sigue vigente el **RDL 17/1977 de Relaciones laborales, de 4 de Marzo**, que regula provisionalmente este derecho. Y el ejercicio del derecho de huelga por el personal dependiente de la Administración Militar se rige por el **Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares** y legislación de desarrollo posterior

La declaración de huelga podrá ser acordada por los trabajadores, a través de la actividad sindical de sus representantes, o directamente por los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto. En todo caso, el acuerdo, que deberá hacerse por escrito, habrá de comunicarse por los representantes de los trabajadores al empresario (Administración respectiva) y a la autoridad laboral con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación. El comunicado de la huelga deberá contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga, que no podrá exceder de 12 personas. Corresponde al Comité de huelga participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto.

El ejercicio del derecho de huelga legal no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador incurriera en falta laboral durante su vigencia. Sólo se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador, por tanto, no tendrá derecho al salario, permaneciendo en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotizar por parte del empresario y del propio trabajador. Tratándose de una huelga ilegal (huelga de solidaridad o apoyo, o la iniciada o sostenida por motivos políticos, etc.), además de la pérdida de las retribuciones correspondientes, la empresa podrá imponer sanciones a los huelguistas que, en algunos casos (trabajadores más violentos o más significados durante la huelga) puede llegar al despido de los mismos.

El RDL 17/1977, sienta unos **principios fundamentales** que pueden afectar al desarrollo de la huelga:

- Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga.
- Mientras dure la huelga, la Administración no podrá sustituir a los huelguistas por otros trabajadores que no estuvieren vinculados a la empresa. Se entiende por el legislador que la aceptación de esta medida iría en contra de los propios fundamentos de la huelga (esta sustitución de los trabajadores se considera infracción muy grave).
- Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma (piqueteros de huelga) en forma pacífica y llevar a cabo la recogida de fondos sin coacción alguna.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 39

LEYES Y REGLAMENTOS LABORALES. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. EL CONVENIO COLECTIVO Y SU EFICACIA JURÍDICA Y PERSONAL. LOS CONVENIOS COLECTIVOS ÚNICOS DEL PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

1. LEYES Y REGLAMENTOS LABORALES.

El art. 3.1 ET realiza una enumeración incompleta de las fuentes del Derecho del Trabajo respetando el orden jerárquico:

- Disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- Convenios colectivos.
- El contrato de trabajo.
- Fuentes supletorias: usos y costumbres locales y profesionales y los principios generales del Derecho.

Definida como incompleta la enumeración de las fuentes porque olvida:

- La CE, fuente de fuentes, se incluye dentro del concepto global de leyes.
- Las normas comunitarias procedentes de la UE, tanto el Derecho originario (Tratado de Maastrich de 1992, y desde la firma del Tratado de Lisboa en 2007, el llamado "*Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*"), como el Derecho derivado integrado por los Reglamentos y las Directivas, que son aprobados en procedimiento de codecisión por el Parlamento y el Consejo.
- Los Tratados y Convenios internacionales, destacando, sobre todos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

a) LEYES.

1º) La CE de 1978:

- Derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 al 29): el art. 28 reconoce el derecho a la libertad sindical y a la huelga.
- Derechos incluidos en la Sección 2ª (arts. 30 al 38): el art. 35 reconoce el derecho al trabajo, y el art. 37 a la negociación colectiva.
- Principios rectores de la política económica y social, desarrollados por leyes ordinarias.

2º) Las Leyes en sentido estricto:

- Leyes orgánicas (derecho a la libertad sindical y a derecho de huelga).
- Leyes ordinarias (a destacar la Ley de Procedimiento Laboral).
- Actos del Gobierno con fuerza de Ley, como los RDL en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, y los Reales Decretos Legislativos, por delegación de las Cortes Generales, para aprobar Textos Articulados (como el regulador de la Seguridad Social) o Textos Refundidos (como el ET).
- El ET: es la gran Ley de la materia laboral. Se compone de tres Títulos, el 1º "De la relación individual de trabajo" (60 arts.), el 2º "De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores de la empresa" (arts. 61 a 81), y el 3º "De la negociación colectiva y de los convenios colectivos" (arts. 82 a 92).

3º) Reglamentos.

Los Reglamentos en materia laboral se manifiestan a través de Reales Decretos del Consejo de Ministros o de Órdenes ministeriales. Y siguiendo la doctrina general del Derecho Administrativo, no cabe la entrada de Reglamento cuando exista “*reserva de ley*” (o materias que han de ser reguladas exclusivamente por Ley) o que la materia ya hubiera sido regulada por una Ley, en virtud del **principio de la congelación del rango**). El reglamento, por tanto, salvo alguna materia sin regulación legal de ningún tipo (lo que podría dar cabida a los reglamentos independientes), tiene carácter ejecutivo o de desarrollo de una Ley previa, en virtud de la técnica de delegación expresa de las Cortes para reglamentar, lo que **GARCIA DE ENTERRIA** denomina remisión normativa.

2. LA NEGOCIACION COLECTIVA.

Las primeras experiencias de la negociación colectiva se remontan al Siglo XIX, en concreto en Inglaterra, y es a partir del Siglo XX cuando se les empieza a reconocer (primero en Alemania y luego en Francia) **eficacia normativa**. Los primeros pactos o convenios colectivos arrancan en España desde 1926, si bien no es hasta 1958 y sobre todo, a partir de 1976, cuando se reintroduce la negociación en nuestro ordenamiento jurídico.

Como concepto, el **Convenio colectivo** es un pacto entre una empresa o varias asociaciones empresariales, de una parte, y la representación colectiva de los trabajadores, por otra, para regular el contenido de las condiciones de trabajo (reflejadas luego en los contratos de trabajo) y de productividad, así como la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten (art. 82 ET). La doctrina llama a estos pactos o acuerdos contratos normativos, y su naturaleza jurídica es muy discutida.

Los convenios colectivos “*tienen cuerpo de contrato y alma de ley*” por la doble naturaleza que presentan (**CARNELUTTI**).

La CE reconoce el derecho a la negociación colectiva en su art. 37.1. Este precepto se presta a las siguientes disquisiciones:

- Por su ubicación en la CE **no es un derecho fundamental** de protección especial, al formar parte de la Sección 2ª del Capítulo 2º del Título 1º. Sin embargo el TC tiene dicho que la negociación colectiva forma “*parte esencial del contenido del derecho a la libertad sindical*”, que sí es un auténtico derecho fundamental, por lo que lesionando el derecho a la negociación colectiva indirectamente, se atenta contra la libertad sindical, y en este caso sí cabría el amparo constitucional.
- Se refiere en concreto a la negociación laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, por lo que queda fuera de su órbita la eventual negociación entre los Poderes públicos, sindicatos y organizaciones empresariales (la llamada **concertación social**).
- El art. 37.1 exige que la Ley garantice la **fuerza vinculante de los convenios**, lo que ha motivado división en la doctrina. Para unos equivale a afirmar que la eficacia normativa es exigible en todos los convenios, mientras que otros creen que será la Ley en todo caso la que establezca la eficacia que corresponda en función de cada tipo de convenio.

En desarrollo del art. 37 CE, el Título III del ET regula los convenios, mejor, un tipo de convenio ajustado al Estatuto (los llamados convenios estatutarios) aunque el TC admite la negociación de otros **convenios extra**

estatutarios, cuya eficacia es muy confusa. Los Tribunales, en general, niegan eficacia normativa a estos convenios, otorgándolos un valor de sujeción estrictamente contractual.

El art. 82.3 ET dispone que “*los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*”, y el art. 3 incluye a los convenios colectivos, atribuyéndolos eficacia normativa, a continuación de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

3. EL CONVENIO COLECTIVO Y SU EFICACIA JURIDICA Y PERSONAL.

Definido el convenio y señalados sus caracteres en el epígrafe anterior, conviene destacar que la naturaleza jurídica que se atribuya a los convenios depende de la eficacia que se les reconozca, es decir, debe concretarse su valor jurídico (**eficacia jurídica o normativa**) y el ámbito de los destinatarios (**eficacia personal**). Y dentro de la eficacia jurídica cabe reconocer dos opciones: reconocer al convenio **eficacia normativa** o bien **eficacia contractual**:

- **Eficacia normativa** significa que el contenido del convenio se impone automáticamente a las relaciones individuales de trabajo sin necesidad de ningún tipo de acuerdo entre empresarios y trabajadores. Por lo tanto, serían nulas cuantas cláusulas establecieran en el contrato de trabajo peores condiciones a los trabajadores.
- **Eficacia jurídica contractual** significa que el contenido de un convenio no se aplica automáticamente, como si fuera una norma, sino que genera obligaciones para ambas partes, en concreto las derivadas del contrato de trabajo que pacten.

El art. 3 ET atribuye fuerza normativa a los convenios colectivos por incluirlos **dentro del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo**, y en relación a la **eficacia personal** de los convenios, viene reconocida en el art. 82.3 ET, sin posibilidad de efectuar elucubraciones sobre si los trabajadores o empresas afectadas por la negociación colectiva estuvieron o no directamente representados en la Comisión negociadora del convenio. Es indudable que la fuerza de obligar del convenio se extiende a todas las personas incluidas en su ámbito de aplicación, aunque no hayan estado presentes en la negociación. Hay que decir, no obstante, que esta virtualidad personal sólo es predecible respecto a los convenios colectivos estatutarios o, como ya dijimos, ajustados al ET, no a los extra-estatutarios.

4. EL CONVENIO COLECTIVO UNICO DEL PERSONAL LABORAL EN LA AGE.

Lo que dispone el ET respecto a la negociación colectiva es extrapolable al personal laboral que presta sus servicios en la AGE. Rige aquí el **III Convenio Colectivo Único de 2009**, aprobado por **Resolución de 3 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado** que se ha venido prorrogando con periodicidad anual, al no existir denuncia expresa por ninguna de las partes. Este Convenio, se aplica (art. 1):

- Al personal laboral de la AGE y sus Organismos Autónomos.
- Al personal laboral de la Administración de Justicia y de la Administración de la Seguridad Social.
- Al personal laboral del Consejo de Seguridad Nuclear y Agencia Española de Protección de Datos

- Al personal laboral adscrito al INAEM (Instituto Nacional de Artes escénicas y Música), manteniéndose vigentes algunos preceptos del Convenio del Coro Titular del Teatro de la Zarzuela y del Convenio del Ballet Nacional y Compañía Nacional de Danza.

Y no se aplica a (art. 1):

- El personal laboral que preste sus servicios en el exterior.
- El personal laboral adscrito a determinados organismos, por tener Convenios propios (BOE, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, etc.).
- El personal laboral de alta dirección, en armonía con lo establecido en el ET.
- El personal laboral cuya relación de servicios derive de un contrato público (**LCSP 09/2017**).
- Los profesionales cuya relación con la AGE derive de una minuta o presupuesto para realizar una obra o servicio determinado.
- El personal laboral cuya relación se haya formalizado fuera o al margen del Convenio.

Las **características más significativas** de este convenio son las siguientes:

- La constitución en los 15 días siguientes a la firma del Convenio, de la **Comisión Paritaria**, integrada por 15 miembros de cada una de las partes negociadoras -sindicatos y AGE-, denominada de **Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA)**, con funciones específicas, como intervenir en la solución de los conflictos colectivos, la interpretación de los preceptos y cláusulas del Convenio, el seguimiento del mismo, etc. (art. 3).
- La **facultad exclusiva de la AGE en la organización del trabajo** con la finalidad de conseguir un nivel adecuado de eficacia de los servicios basado en la óptima utilización de los recursos, sin perjuicio de los derechos y facultades de los representantes sindicales en materia de consultas, audiencias, información y negociación sobre el tema, incluyéndose en este apartado las modificaciones de las condiciones de trabajo, con medidas de movilidad funcional y movilidad geográfica (art. 8).
- La determinación de los **sistemas de provisión de vacantes**, bien a través de la promoción interna (reingreso, promoción profesional), del ingreso libre (mediante los procedimientos de oposición o concurso-oposición), o de otras formas previstas en el Convenio (Capítulo VI).
- La **jornada laboral** será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a 1642 horas anuales (**Resolución de 16 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos**)

En el **Capítulo XI** el Convenio Único desarrolla aspectos fundamentales, tales como la **suspensión y extinción del contrato de trabajo**, con algunas peculiares respecto a la suspensión en relación a la doctrina del ET, no así en relación a la extinción, que se acoge íntegramente a la disciplina recogida en el art. 49 ET. Asimismo, en el **Capítulo XIII**, destaca la regulación de la **estructura salarial o retributiva**, integrada por el salario base, las pagas extraordinarias, la antigüedad y los complementos salariales (de puesto de trabajo, por cantidad o calidad del trabajo y residencial) y no salariales (indemnizaciones y suplidos) y las posibles retribuciones en especie.

Por último, el **Capítulo XV** desarrolla el régimen de la **representación del personal** en línea con el ET.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 40

CAUSAS Y EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. EXCEDENCIAS. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO INSTADA POR EL TRABAJADOR: ABANDONO Y DIMISIÓN. LA RESOLUCIÓN CAUSAL: SUPUESTOS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS. EL DESPIDO COMO DECISIÓN EXTINTIVA EMPRESARIAL. CAUSAS Y REQUISITOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS: SUPUESTOS, PROCEDIMIENTO E IMPUGNACIÓN. EL DESPIDO COLECTIVO Y LA EXTINCIÓN POR FUERZA MAYOR.

1. CAUSAS Y EFECTOS DE LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO.

La suspensión del contrato de trabajo y las causas que lo producen se regula en el ET como régimen general, por lo que es de aplicación al personal laboral de la AGE.

La suspensión del contrato de trabajo supone la cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación laboral, y así el art. 45.2 ET, al contemplar sus efectos nos dice que la suspensión **exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo**.

El dato de la temporalidad se opone a la extinción del contrato, que es definitiva. Y aunque las prestaciones básicas (trabajo y salario) desaparecen, perviven algunos deberes durante la suspensión, específicamente los relacionados con el comportamiento de buena fe que pesa sobre el trabajador (deber de guardar secreto sobre cuestiones relativas al giro de la empresa ya su proceso productivo).

La regulación de los distintos tipos de suspensión aparece en el ET. Estas **causas** son (art. 45.1 ET):

a) Por voluntad del trabajador:

- El ejercicio de un cargo representativo o sindical.
- La formación o el perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.
- La adopción o acogimiento de un menor de seis años o de un discapacitado mayor de edad.
- La huelga lícita (las tres causas primeras lo son por la voluntad individual del trabajador y ésta por voluntad colectiva).

b) Por voluntad del empresario:

- Suspensión disciplinaria (la suspensión de empleo y sueldo suele sancionar faltas graves o muy graves)
- Cierre patronal de la empresa, siempre que sea legal (el cierre ilegal sería incumplimiento empresarial, que no lleva consigo la pérdida del salario).
- Concesión de licencias y excedencias.
- Fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Privación de libertad del trabajador (mientras no exista sentencia condenatoria, la privación de libertad tiene efectos suspensivos, no extintivos).
- Incapacidad temporal, maternidad o paternidad.
- Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural

2. EXCEDENCIAS.

La excedencia laboral ha sido trasplantada a este campo por la normativa de la función pública, con algunas modificaciones, como por ejemplo, que la distinción entre excedencias voluntarias y forzosas no tenga el

mismo sentido aplicada a los funcionarios y a los trabajadores asalariados. Aunque su regulación plantea dudas interpretativas, su regulación sigue estos criterios (art. 46 ET):

1. **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.
2. 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 4 meses y no mayor a 5 años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido 4 años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.
3. Los trabajadores tendrán derecho a un periodo 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 guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un periodo de excedencia, 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.

Esta excedencia, que podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores. Pero si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento. Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme al art. 46 será computable a efectos de antigüedad y se 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.

Cuando el trabajador forme parte de una familia numerosa, la reserva será hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de categoría general, y un máximo de 18 si se trata de categoría especial.

4. Podrán solicitar su pase a la situación de **excedencia** los trabajadores que ejerzan **funciones sindicales** de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.
5. El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.
6. La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.

3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO INSTADA POR EL TRABAJADOR: ABANDONO Y DIMISIÓN.

El **abandono** es el acto voluntario y unilateral del trabajador, causa de incumplimiento, que origina la extinción del contrato de trabajo, y aunque el art. 49.1 ET no menciona el abandono como causa de incumplimiento, se deduce lógicamente, “*a sensu contrario*”, de la prestación efectiva y voluntaria del trabajo. Este incumplimiento puede venir determinado por:

- La **extinción “ante tempus” y sin causa justificada**, del contrato de trabajo de duración determinada.
- La **extinción sin causa del contrato de duración indefinida**, sin observancia del plazo de preaviso.

El abandono implica la cesación del trabajo, sin que sea necesaria declaración alguna, y también, como requisito esencial, exige la intención de extinguir el contrato, por lo que no constituyen abandono en sentido técnico-jurídico los llamados **abandono de puesto, abandono de funciones y abandono de destino** en los que, lejos de una intención resolutoria, sólo existe una **desatención transitoria del trabajo**. El abandono no comporta, para el ET, consecuencias indemnizatorias para el trabajador que abandona, salvo que hubiera pactado con la Administración pacto de permanencia en la misma.

Pero el trabajador también puede extinguir voluntariamente la relación laboral de duración indefinida sin necesidad de que exista causa justa. Es la llamada **extinción “ad nutum”** o simplemente, **dimisión del trabajador**. Esta dimisión o desistimiento del trabajador que se contempla en el art. 49.1.d, no se condiciona a la existencia de causas justificativas de fondo, sino al puro arbitrio del trabajador, que no tiene más carga que preavisar en el plazo que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar. Todo ello bien entendido que, aunque el ET no lo diga expresamente, la extinción “ad nutum” o sin necesidad de causa sólo es por naturaleza aplicable a los contratos indefinidos: la ruptura “ante tempus” de los de duración determinada es, por definición, un incumplimiento contractual como corrobora una gran tradición jurídica (art. 299 del Código de Comercio, art. 1586 CC, etc.).

4. LA RESOLUCIÓN CAUSAL: SUPUESTOS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.

El trabajador puede pedir al Juez la resolución del contrato de trabajo cuando proceda un **Incumplimiento patronal** (art. 50 ET), y aunque el ET sólo contempla esta posibilidad extrema, es posible que, en base al art. 1124 CC, pida al Juez la restauración de la situación jurídica perturbada, más la indemnización de los daños causados.

El art. 50 del ET suministra dos ejemplos no taxativos de las **causas justas** que pueden fundamentar la resolución del contrato, naturalmente, sin obligación de respetar su término final o de preavisar:

- Las **modificaciones sustanciales que introduzca el empresario** en las relaciones laborales, siempre que perjudiquen la formación profesional del trabajador o menoscaben su dignidad.
- Los **retrasos continuados en el pago del salario**.

La enunciación de estos dos ejemplos da paso al principio general: “*el trabajador puede extinguir el contrato por cualquier incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, que no sea debido a fuerza mayor*” (art. 50.1.c).

En cuanto al **procedimiento** para solicitar la resolución, el art. 50.1 nos da la solución: corresponde al trabajador solicitar la extinción del contrato, solicitud que habrá de deducirse mediante la oportuna

demandante ante el Juez laboral. Aunque el ET no establece plazo para el ejercicio de tal acción, la doctrina mayoritaria se inclina por el general de un año (art. 59.1).

Si al trabajador le corresponde instar la vía judicial, tal petición debe formularse estando vigente la relación laboral. Esta exigencia de acudir a la vía judicial admite algunas **excepciones**, como ha puesto de relieve la Jurisprudencia, y que permiten al trabajador extinguir por sí mismo el contrato (el riesgo físico, el agravio a la dignidad, la imposibilidad en la convivencia, etc.).

El **efecto de la resolución causal** lo señala el art. 50.2 ET, teniendo el trabajador derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

5. EL DESPIDO COMO DECISION EXTINTIVA EMPRESARIAL.

El despido es el **acto unilateral** por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica laboral. Se trata de un acto jurídico fundado en el principio de autonomía de voluntad privada que origina la extinción del contrato por decisión del empresario. Su naturaleza jurídica pivota en dos direcciones: el despido como incumplimiento contractual con base en el art. 1124 CC (resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes), o el despido como sanción disciplinaria jurídico-privada, castigándose la comisión de una falta laboral.

El ET se inclina por la segunda de las construcciones y habla de **despido disciplinario**, con lo que queda patente su **naturaleza sancionadora**.

6. CAUSAS Y REQUISITOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.

Las causas del despido disciplinario se enumeran en el **art. 54 del ET**, y son las siguientes:

- Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- Indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas de la empresa o a los familiares que convivan con ellos (insultos, injurias, agresiones físicas o además de realizarlas, etc.).
- Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo (realización de trabajos por cuenta propia o ajena estando de baja, presentar a la empresa facturas falsas de gastos realizados, etc.).
- Disminución continua y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- Embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo (la Jurisprudencia estima que la embriaguez es causa de despido, no el alcoholismo).
- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o personas de la empresa

En cuanto a la **forma del despido**, según el art. 55 ET, deberá ser notificado por escrito al trabajador (**carta de despido**), haciendo constar los hechos motivantes y fecha en que tendrá efectos. Si no cumpliera con estas formalidades, el empresario podrá realizar un **nuevo despido**, cumpliendo dichos requisitos, en un plazo de 20 días a partir del primer despido, el cual surtirá efectos desde su fecha.

Al realizar este segundo despido, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndose durante los mismos en alta en la Seguridad Social.

La **impugnación del despido disciplinario** por el trabajador ante la Jurisdicción Social, origina la declaración judicial sobre la procedencia, improcedencia o nulidad del despido (art. 55).

- **Despido procedente:** el Juez laboral lo declara cuando “*quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito*” (art. 55.4). El despido mantiene sus efectos extintivos, sin derecho por parte del trabajador a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.7).
- **Despido improcedente:** el ET concede al empresario una doble alternativa (que deberá manifestar en 5 días), a saber, bien readmitir al trabajador en la empresa, abonándole los salarios de tramitación, bien indemnizarle (Al amparo de lo establecido en el artículo 56 ET, según el RDL 3/2012, de 10FEB, ante la improcedencia del despido disciplinario, el trabajador tendría derecho a percibir una indemnización cifrada en 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. Sin embargo, el RDL 3/2012 ha establecido una regla transitoria, según la cual la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a su entrada en vigor se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor del RDL resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso), con el abono además de los salarios de tramitación.
- **Despido nulo:** este concepto quedó restringido por el ET (art. 55.5) el cual considera exclusivamente nulo el despido fundado en un móvil discriminatorio (siempre que la causa de discriminación esté prohibida por la CE y la Ley) y el que se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador). Existen otros supuestos, citados en el mismo artículo, y la declaración judicial de nulidad del despido comporta la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, incluidos los morales (según reiterada Jurisprudencia).

7. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS: SUPUESTOS, PROCEDIMIENTO E IMPUGNACIÓN.

El **art. 52 ET** regula la extinción del contrato por causas objetivas, extinción que encuentra su fundamento, como dice **MONTOYA MELGAR**, en el propósito de liberar al empresario del perjuicio que le causaría el mantenimiento de la relación laboral ante determinadas necesidades de la empresa o incumplimientos del trabajador no culpables. Las **causas objetivas** son:

- Ineptitud del trabajador, conocida o sobrevenida.
- Falta de capacitación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo.
- Faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes (las faltas injustificadas dan lugar al despido disciplinario). Han de alcanzar el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos (ciertas causas justificadas no dan lugar a la extinción por causas objetivas, como la asistencias a huelgas legales, licencias o vacaciones, accidentes de trabajo, inasistencia de los sindicalistas liberados, etc.).
- La amortización o supresión por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, de un puesto o de una pluralidad de puestos de trabajo.
- La insuficiencia de dotación presupuestaria para mantener puestos de trabajo contratados en el marco de programas públicos sin financiación estatal.

La extinción por causas objetivas ha de comunicarse **por escrito** al trabajador (art. 53 ET), expresando la causa, y exigiendo al empresario, simultáneamente a la comunicación, la puesta a su disposición de una

indemnización de 20 días por años de servicio, con un máximo de 12 mensualidades. Y si no pudiera pagar la indemnización en el momento de la comunicación escrita, lo hará constar, sin perjuicio del derecho del trabajador para exigir su abono una vez sea firme o tenga efectividad la decisión extintiva.

La extinción por causas objetivas **puede ser impugnada por el trabajador** ante la Jurisdicción social, igual que el despido disciplinario, con algunas ligeras variantes. Si el despido es **procedente**, el despedido ha de retener la indemnización puesta a disposición por el empresario al notificarle el despido, más los salarios correspondientes al preaviso (15 días). Si el despido es **improcedente**, la empresa puede optar entre readmitir al trabajador (deberá devolver la indemnización), o confirmar el despido, en cuyo caso corresponde al trabajador la misma indemnización que por despido disciplinario improcedente (abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades). Y si el despido es declarado **nulo**, los efectos son los mismos que en el despido disciplinario nulo.

8. EL DESPIDO COLECTIVO Y LA EXTINCIÓN POR FUERZA MAYOR.

1º) Despido colectivo.

El art. 49.1.i ET habla de despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Su **delimitación cuantitativa** aparece reflejada en el art. 51.1 que señala unos umbrales para que pueda hablarse legalmente de despido colectivo:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10% de los trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- c) 30 trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa (existencia de pérdidas actuales o previstas, disminución persistente de su nivel de ingresos). Y se entiende disminución persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren **causas técnicas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

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

El despido colectivo deberá ir precedido de un **periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores** de una duración no superior a 30 días naturales, o de 15 en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores. Se deberá constituir una **comisión representativa de los trabajadores** con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión

representativa será de 7 días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de 15 días.

Transcurrido el plazo máximo para su constitución, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas, mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores (copia a la autoridad laboral). En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

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

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

Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, **informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social** sobre sus extremos y sobre el desarrollo del periodo de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, y el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o de la mayoría de los miembros de la comisión representativa, si representan a la mayoría de los trabajadores afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el **procedimiento de mediación o arbitraje** que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del mismo plazo máximo. La autoridad laboral velará por su efectividad pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente y sin perjuicio de lo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones.

Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado. Si no se hubiera alcanzado acuerdo remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo. Si en el plazo de 15 días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera

comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo.

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

Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa, así como, si media acuerdo durante el periodo de consultas o así se establece en Convenio, trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

La decisión empresarial podrá impugnarse, y la interposición de la demanda paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

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

La **existencia de fuerza mayor**, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados. El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores.

La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

La empresa que lleve a cabo un **despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores** deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. Esto no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. TEMA 41

EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL. SUJETOS. ESTRUCTURA. EL RÉGIMEN GENERAL: INCLUSIONES, EXCLUSIONES Y SISTEMAS ESPECIALES. LOS REGÍMENES ESPECIALES. CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL. AFILIACIÓN. ALTAS Y BAJAS. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ENTIDADES GESTORAS. LA COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN. LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR. LA ACCIÓN PROTECTORA. CONTINGENCIAS COMUNES Y PROFESIONALES.

1. EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL.

La Seguridad Social (SS) es un sistema técnico-jurídico destinado a proteger a determinadas colectividades de personas frente a determinados **riesgos o contingencias** que provocan en ellas situaciones de necesidad como consecuencia de un aumento de sus gastos (enfermedad) o una disminución de sus rentas o ingresos (desempleo). Para combatir estas situaciones de necesidad, casi todos los ordenamientos jurídicos han ideado diversas técnicas de protección, entre las que destacan:

- **El modelo alemán**, instaurado por **BISMARCK** en 1881, antesala de la moderna SS, a través del sistema de seguro social obligatorio, aplicando la técnica del seguro privado (seguros de enfermedad, accidentes de trabajo y vejez-invalidez). Era un régimen de seguros múltiples y contributivo basado en la cotización de patronos y obreros, sin perjuicio de la subvención estatal
- **El modelo inglés**, basado en el **Informe BEVERIDGE** presentado en 1942 al Parlamento británico, que comienza a ser ya un verdadero Sistema de SS. En este sistema la protección se extendía a toda la población, se protegían no riesgos diferenciados, sino el genérico estado de necesidad, y la financiación descansaba en buena parte sobre la comunidad entera a través de los impuestos.

Ambos sistemas influyeron en el sistema español, aunque ninguno de los dos se impuso rotundamente. En España, el **art. 41 CE** impone a los Poderes públicos un régimen público de SS para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, añadiendo que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. Así pues, de acuerdo con este precepto, se pone de relieve un sistema global de protección en dos ámbitos:

- **El sistema de protección público y obligatorio**, que se identifica con el Sistema de SS, comprensivo de las prestaciones contributivas (cuota patronal y obrera) y no contributivas (a cargo de los Presupuestos del Estado) y de las prestaciones de los servicios sociales.
- Un **sistema de protección social voluntario**, que incorpora las distintas formas de la SS complementaria y los regímenes de previsión voluntaria, planes y fondos de pensiones.

2. SUJETOS.

El sistema español de SS extiende su campo de aplicación a las siguientes personas:

- **Españoles que residan y ejerzan su actividad en territorio nacional**, como trabajadores por cuenta ajena, socios trabajadores de cooperativas de producción, estudiantes y funcionarios públicos, en cuanto a las prestaciones contributivas.
- **Españoles no residentes en el territorio nacional**, que incluye en el Régimen General a los funcionarios y empleados españoles al servicio de Organizaciones internacionales de carácter

- intergubernamental; el trabajador trasladado por su empresa al extranjero queda en situación asimilada al alta en el sistema de SS.
- **Extranjeros (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)**, que residan o se encuentren legalmente en territorio español y ejerzan en él su actividad como trabajadores por cuenta ajena.

3. ESTRUCTURA.

En España, los intentos de crear un sistema de SS arrancan en 1944 y tras la formulación de una serie de Planes diversos, se elabora por fin la **Ley de Bases de la SS de 28 de Diciembre de 1963**, precursora del vigente **Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)**. Sus líneas maestras son las siguientes:

- **Un Régimen General**, en el que incluye obligatoriamente los **trabajadores por cuenta ajena y de la industria y de los servicios** (art. 7.1.a LGSS). Este régimen es el prototipo de protección social y a él tienden a aproximarse los Regímenes especiales (art. 136 LGSS).
- Unos **Regímenes especiales** 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 hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la SS (art. 10 LGSS) considerándose de esta manera los que encuadren los grupos siguientes:
 - ✓ Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
 - ✓ Trabajadores del mar.
 - ✓ Funcionarios públicos, civiles y militares.
 - ✓ Estudiantes.
 - ✓ Los demás grupos que determine el **Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social**, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial.

No obstante, de conformidad con la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la Seguridad Social, el Gobierno, a propuesta del **Ministerio de Trabajo, Migraciones y SS**, podrá disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los regímenes especiales, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas.

- **Unos sistemas especiales**, con peculiaridades en materia de encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación (sistemas especiales de las frutas y hortalizas, de trabajos fijos discontinuos en salas de fiestas, discotecas, etc.) (art. 11 LGSS).
- **Unos Regímenes voluntarios**, entre los que se cuentan la llamada “rama de pensiones” y las “Mutualidades de Previsión social”.

Fuera de la SS están las prestaciones complementarias (seguros privados y fondos de pensiones).

4. EL REGIMEN GENERAL: INCLUSIONES, EXCLUSIONES, Y SISTEMAS ESPECIALES.

1º) Inclusiones.

Están obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la SS (art. 136 LGSS) los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a los que se refiere el artículo 7.1.a) LGSS, salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la SS.

A los efectos de la LGSS se declaran **expresamente comprendidos** en el apartado anterior:

- a) Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, así como en cualquier otro de los sistemas especiales a que se refiere el art. 11, establecidos en el Régimen General de la SS.
- b) Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades de capital, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control.
- c) Los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control, 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.
- d) Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y 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 posean su control.
- e) Los socios trabajadores de las sociedades laborales que realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello, y no posean su control.
- f) El personal contratado al servicio de notarías, registros de la propiedad o centros similares.
- g) Los trabajadores que realicen las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano, con carácter general.
- h) Las personas que presten servicios retribuidos en instituciones de carácter benéfico-social.
- i) Los laicos o seglares que presten servicios retribuidos en instituciones eclesiásticas.
- j) Los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
- k) El personal civil no funcionario de las administraciones públicas siempre que no estén incluidos en virtud de una ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social.
- l) El personal funcionario al servicio de las administraciones públicas, incluido su periodo de prácticas, salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen.
- m) El personal funcionario a que se refiere la DA tercera LGSS, en los términos previstos en ella.
- n) 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.
- ñ) Los altos cargos de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, que no tengan la condición de funcionarios públicos.
- o) 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.
- p) Los cargos representativos de las organizaciones sindicales constituidas 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.
- q) Cualesquiera otras personas que sean objeto de la asimilación a propuesta del **Ministerio de Trabajo, Migraciones y SS**.

2º) Exclusiones.

No darán lugar a inclusión en este Régimen General los siguientes trabajos (**art. 137 LGSS**):

- a)** Los que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.
- b)** Los que den lugar a la inclusión en alguno de los regímenes especiales de la SS.
- c)** Los realizados por los profesores universitarios eméritos, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional vigésima segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, así como por el personal licenciado sanitario emérito nombrado al amparo de la disposición adicional cuarta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

3º) Sistemas especiales.

Además de los sistemas especiales regulados en esta ley, en aquellos regímenes de la SS 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 incluidos (**art. 11 LGSS**).

Las **razones que justifican la existencia de estos sistemas** son diversas, pero podemos citar como básicas, la especialidad de cotización en determinados supuestos, que imposibilitan la aplicación de las reglas comunes sobre la materia, la movilidad de los trabajadores en determinados ámbitos productivos, etc. Sistemas especiales que podemos enumerar son, a título de ejemplo, la industria resinera, los sistemas especiales de frutas y hortalizas, sistemas de trabajadores por cuenta propia agrarios, manipulado y empaquetado de tomate fresco por cosecheros exportadores, trabajadores fijos discontinuos en salas de exhibición de películas, salas de fiestas, etc.

5. LOS REGIMENES ESPECIALES.

La protección dispensada por la SS no es única y homogénea para todos los sujetos protegidos, pues el sistema se fragmenta entre un Régimen General y una serie de Regímenes especiales que han ido surgiendo por la vía de adición de nuevos colectivos que presentan alguna característica especial. La explicación básica de la existencia de regímenes especiales es una explicación técnica y financiera que va en contra del principio teórico de que la SS debería ser una. Y se establecerán en aquellas actividades profesionales en las que, por sus peculiares condiciones, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la SS.

Se considerarán **regímenes especiales** los que encuadren a los grupos siguientes:

- **Trabajadores por cuenta propia, o autónomos.**
- **Trabajadores del mar.**
- **Funcionarios públicos, civiles y militares.**
- **Estudiantes.**
- **Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social**, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial.

Sin perjuicio de lo previsto en el Título IV LGSS, en sus normas reglamentarias se determinará para cada uno de ellos su campo de aplicación y se regularán, tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen

General que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes.

De conformidad con la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la SS, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Migraciones y SS, podrá disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los regímenes especiales, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas, siempre que ello sea posible teniendo en cuenta las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del régimen especial de que se trate.

De igual forma, podrá disponerse que dicha integración tenga lugar en otro régimen especial cuando así lo aconsejen las características de ambos regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen General.

6. CONSTITUCION DE LA RELACION JURIDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: AFILIACION.

La relación jurídica de la SS nace a través de la **afiliación** que puede definirse como el acto administrativo por el que la Tesorería General de la SS (TGSS) reconoce la condición de “*incluido en el sistema*” a la persona que por primera vez realiza una actividad profesional. Es **única para todo el sistema y para toda la vida**, sin perjuicio de que las vicisitudes por las que atraviese a través de las altas y bajas.

La solicitud de afiliación es **obligatoria para el empresario**, pero si éste la incumple podrá el trabajador instarla de oficio. Igualmente de oficio puede actuar la Entidad gestora cuando a raíz de las actuaciones de los Servicios de Inspección se constate la inobservancia de aquélla obligación.

En relación a los efectos que produce, una vez reconocida la afiliación por la Entidad Gestora, el trabajador quedará inscrito en el fichero general de afiliación de la SS, se le asignará un **número de afiliación** válido para el resto de su vida laboral y se expedirá el documento correspondiente.

7. ALTAS Y BAJAS.

1º) Altas.

A tenor del **art. 139 LGSS** los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al Sistema de la SS de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados de alta y de baja en el Régimen General.

En el caso de que el empresario incumpla estas obligaciones el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la Administración de la SS. Dicho organismo podrá, también, efectuar tales actos de oficio en determinados supuestos.

El reconocimiento del derecho al alta y a la baja en el Régimen General corresponderá al organismo de la Administración de la Seguridad Social que reglamentariamente se establezca.

Existen otro tipo de situaciones relativas al alta:

- **Alta asimilada** (art. 166 LGSS); tiene lugar cuando producida una extinción o suspensión de la actividad laboral, la Ley estima que debe conservarse una situación equivalente a la de alta real, a

efectos de determinadas prestaciones (situación legal de desempleo mientras el trabajador cobre el paro, excedencia forzosa, excedencia para el cuidado de los hijos, etc.).

- **Alta especial**, configurada como tal por los arts. 6.2 y 12.2 del **RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo** al considerar la huelga y cierre patronal como alta especial. Esto ha sido reconocida en el art. 166.7 LGSS como situación asimilada al alta.
- **Alta presunta** o de pleno derecho (art. 166.4), que tiene lugar cuando no habiéndose producido el alta real, se presume la existencia de la misma a efectos de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, de la prestación por desempleo y de la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.

2º) Bajas.

La baja es un acto administrativo mediante el cual la TGSS acuerda excluir a un trabajador del campo de aplicación del sistema de SS en el que estaba dado de alta. Pueden tramitarse a instancia de parte o de oficio por la TGSS. A instancia de parte puede promoverse por el empresario o por el trabajador. Los empresarios son los sujetos obligados a comunicar el cese de la prestación de servicios de los trabajadores de su empresa.

En el caso de que el empresario incumpla esta obligación, el trabajador podrá instarla directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social

El efecto principal de la solicitud de baja del trabajador, efectuada en tiempo y forma, es la **extinción de la obligación de cotizar** desde que tuvo lugar el cese en el trabajo. En los casos en que no se solicitase la baja o ésta se formule fuera de plazo, no se extinguirá la obligación de cotizar sino hasta el día en que la Tesorería General conozca el cese en el trabajo.

8. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ENTIDADES GESTORAS.

La gestión de la SS se dirige a la realización de aquellas actuaciones encaminadas a dispensar a los beneficiarios la acción protectora del sistema. Al decir el art. 41 de la CE que los Poderes públicos se obligan a mantener un **sistema público de SS** la gestión ha de ser pública, sin que los supuestos de iniciativa privada puedan alterar los rasgos esenciales del sistema. Esta gestión se ejecuta en España a través de las Entidades Gestoras de la SS, los Servicios Comunes y las Entidades Colaboradoras de la SS:

1º) Entidades Gestoras de la Seguridad Social (art. 66 LGSS):

La gestión y administración de la SS se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a los **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 (INSS)**; 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 Gestión Sanitaria**; administración y gestión de servicios sanitarios.
- c. **El Instituto de Mayores y Servicios Sociales**; gestión de pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación, así como de servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la SS.
- d. **El Servicio público de Empleo Estatal**; pago de las prestaciones por desempleo.

2º) Los Servicios Comunes de la Seguridad Social:

Corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Migraciones y SS, el establecimiento de servicios comunes, así como la reglamentación de su estructura y competencias (art 73 LGSS).

En el art. 74 menciona la **TGSS** como 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. 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 SS.

Aparte, para la gestión y control, nos encontramos con:

- El **Servicio Jurídico** de la Administración de la Seguridad Social.
- La **Gerencia de Informática** de la Seguridad Social.

9. LA COLABORACION EN LA GESTION.

La colaboración en la gestión de la SS se lleva a cabo por las **Mutuas de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social** y por asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo VI LGSS. Se trata de asociaciones constituidas básicamente por empresarios, aunque desde 1994 dan entrada también a trabajadores autónomos. La actual normativa **elimina de estas entidades el ánimo de lucro**. La colaboración en la gestión de las Mutuas se ha extendido tradicionalmente a la protección de las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aunque incluye también prestaciones económicas por riesgo durante el embarazo.

Los empresarios asumen mancomunadamente la responsabilidad de colaborar en la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, repartiendo costes y gastos entre sí. Además, las Mutuas ejercen una **importante labor de prevención de riesgos laborales**.

Las Mutuas de Trabajo y Enfermedades Profesionales están sujetas a **múltiples controles**: no pueden tener ánimo de lucro; sus ingresos por primas y sus bienes forman parte del patrimonio de la Seguridad Social. Y para poder constituirse se precisa la conjunción de **no menos de 50 empresarios y 30.000 trabajadores, un volumen de cotización por contingencias profesionales no inferior a 20 millones de euros, prestar la fianza debida y que exista autorización del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, previa aprobación de sus estatutos, e inscripción en el registro administrativo dependiente del mismo**.

10. LA OBLIGACION DE COTIZAR.

El sistema español de SS es, desde el punto de vista financiero, esencialmente contributivo, lo que determina la gran importancia de los ingresos por cotizaciones de trabajadores y empresarios.

La cotización a la SS (**art. 18 LGSS**) es **obligatoria en todos los regímenes del sistema**, y la obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada régimen las personas que han de cumplirla. Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso.

La LGSS contempla la cotización en supuestos especiales

Cotización en contratos de corta duración (art. 151 LGSS).

En los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea inferior a siete días, la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 36%. Dicho incremento no será de aplicación a los contratos de interinidad ni a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

Cotización con sesenta y cinco o más años (art. 152 LGSS).

Los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la SS por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, siempre que se encuentren en alguno de estos supuestos:

- a) Sesenta y cinco años de edad y treinta y ocho años y seis meses de cotización.
- b) Sesenta y siete años de edad y treinta y siete años de cotización.

Si al cumplir la edad correspondiente el trabajador no tuviere cotizados el número de años en cada caso requerido, esta exención será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los años de cotización exigidos para cada supuesto.

Estas exenciones no serán aplicables a las cotizaciones relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los organismos públicos regulados en la LRJSP.

Cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo (art. 153 LGSS).

Durante la realización de un trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, en los supuestos de “jubilación y envejecimiento activo”, los empresarios y trabajadores cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho Régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8% sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 6% y del trabajador el 2%.

11. LA ACCIÓN PROTECTORA.

La acción protectora del sistema de SS comprende (art. 42 LGSS):

- La **asistencia sanitaria** en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.
- La **recuperación profesional**.
- Las **prestaciones económicas** en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, invalidez en sus modalidades contributiva y no contributiva, jubilación ,etc.
- Las **prestaciones familiares**, en sus modalidades contributiva y no contributiva.
- Las **prestaciones de servicios sociales** que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad.

Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones contributivas de la SS, forma parte del sistema y está sujeta a sus principios.

Lo previsto anteriormente se entiende sin perjuicio de las ayudas que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las CCAA en beneficio de los pensionistas residentes en ellas.

12. CONTINGENCIAS COMUNES Y PROFESIONALES.

1º) Contingencias comunes. Los conceptos de **accidente no laboral** y **enfermedad común** son conceptos referenciales. El **art. 158 LGSS** dispone que:

- Se considerará accidente no laboral el que no tenga el carácter de accidente de trabajo (art 156)
- Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni enfermedades profesionales (art. 156.2,e/f/g y art. 157)

Tanto las contingencias comunes como profesionales dan nacimiento a las prestaciones de la SS, en orden a las cuales es conveniente distinguir entre:

- **Prestaciones contributivas y no contributivas:** las primeras exigen cotización previa y están condicionadas al ejercicio de una actividad profesional.
- **Indemnizaciones** (cantidad a tanto alzado o pago único), **pensiones** (prestaciones económicas de carácter periódico y vitalicio) y **subsidios** (de carácter periódico y temporal).
- **Prestaciones básicas**, contributivas o no contributivas, y **prestaciones complementarias** (que otorga la SS a personas incluidas en su campo de aplicación).

2º) Contingencias profesionales.

Las contingencias profesionales derivan del **accidente de trabajo** y de la **enfermedad profesional**, es decir, la protección de las contingencias que traen su origen de los riesgos profesionales.

A) El Accidente de trabajo.

- El concepto legal de accidente de trabajo se define en el **art. 156 LGSS** como “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena*”. El accidente del trabajo requiere, pues, tres elementos: **existencia de una lesión corporal, condición de trabajador por cuenta ajena del sujeto accidentado y una relación de causalidad entre trabajo y lesión**. El legislador señala de forma expresa que tienen la condición de accidentes de trabajo.

Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

- a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.
- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical.
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes recibidas o en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

- e) Las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, si se prueba que tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.
 - f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- **No tendrán la consideración de accidente de trabajo:**
- a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo (la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente). En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.
 - b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.
- **No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:**
- a) La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira.
 - b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, compañero de trabajo o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

B) La enfermedad profesional. Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de la LGSS, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional (**art. 157**).

En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que comprenderá como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Del concepto legal podemos deducir:

- Se exige una relación de causalidad directa (se utiliza la expresión como consecuencia y no con ocasión).
- El sistema español de enfermedades profesionales es de lista cerrada. Solamente son enfermedades profesionales las que figuran en el cuadro citado (el cuadro de enfermedades profesionales se encuentra regulado en el **Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro**).

En esta LGSS se ha incorporado la regulación al respecto de Régimen especial de trabajadores autónomos, que se desarrolla en el Título IV. “Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos” (arts. 305 y siguientes).