

TEMA I.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO

(Actualizado con la edición de octubre de 2000).

1. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Para definir el Derecho Administrativo podemos partir de la definición simple y descriptiva de ZANOBINI: el Derecho administrativo es aquella parte del **Derecho Público** que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos.

Las normas administrativas tienen en efecto como sujeto o destinatario a una Administración Pública, de tal forma que no son tales sin esa presencia, aunque ello no supone que las administraciones públicas no puedan formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas (p.ej., cuando contratan con arreglo al derecho laboral).

La forma en que una norma administrativa tiene como sujeto destinatario una Administración pública admite diversas variedades:

- En unos casos la norma tiene destinatario único y preferente a la Administración Pública. Ej. Normas que regulan la organización administrativa
- En otro tipo de normas, su aplicación y efectividad no se le concibe sin la simultánea presencia de los administrados o ciudadanos, aunque estén destinadas a ser cumplidas por la administración. Ej. Expropiación forzosa, impuestos, servicios públicos, etc.
- En un tercer tipo de normas los destinatarios más directos son los particulares o administrados, pero que presupone la presencia vigilante de la Administración como garante de su efectividad. Son normas que han de cumplir los particulares pero que se responsabiliza a la Administración que para conseguir su efectividad tiene una potestad sancionadora o arbitral. Ej. La regulación de los precios.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PUBLICO, DERECHO GARANTIZADOR

La dualidad Derecho público- Derecho privado sigue teniendo una indudable virtualidad para la caracterización del Derecho administrativo, siempre que no se entienda el Derecho público como conjunto de normas aplicables sólo al Estado o a las Administraciones públicas, y el Derecho privado como únicamente aplicable a los particulares. Lo que define a las normas como derecho público o derecho privado es el destino principal de las mismas, en cuanto las de derecho privado tienen por destinatarios a los particulares y las de derecho público al Estado o las Administraciones públicas, aunque algunas de las primeras pueden aplicarse también a estos últimos sujetos (cuando la Administración actúa, por ejemplo, en relaciones de derecho privado, contratando con arreglo al derecho civil o laboral), y muchas de las segundas también se aplican a los sujetos privados (como es el caso, por ejemplo, de las normas de expropiación forzosa o de los impuestos).

El Derecho administrativo lo podemos considerar como el Derecho Público común y general, el verdadero derecho público del que han de excluirse aquellas ramas que están por encima del Derecho público y del privado, como son:

- El Derecho constitucional, cuyo contenido fundamental está constituido por lo que Parada denomina derecho legislativo, es decir, aquella rama del ordenamiento que regula el sistema de fuentes, los modos en que el Derecho se produce y el distinto valor de unas u otras normas y principios.
- El Derecho penal y procesal, cuyas normas tienen por finalidad garantizar el cumplimiento tanto del Derecho público como del privado, integrando lo que JIMENEZ DE ASÚA califica como Derecho

garantizador.

3. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACION PUBLICA Y SU RELATIVA EXTENSION A LA TOTALIDAD DE LOS PODERES DEL ESTADO

Definíamos al Derecho Administrativo como el conjunto de normas y principios destinados a regir la organización y el comportamiento de las administraciones públicas, lo que nos plantea la cuestión fundamental de definir qué se entiende por Administraciones públicas o por Administración pública, como resumidamente se llama al conjunto de todas ellas.

En principio, de esta noción hay que excluir aquellas organizaciones estatales o poderes públicos cuya función específica es crear el Derecho (Cortes Generales, Parlamentos Autonómicos) o garantizarlo (jueces y Tribunales). Con lo que resta del Estado, se construye el concepto de Administración pública, que comprende, de acuerdo con el art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa:

- La Administración General del Estado (compuesta, bajo la dependencia del Gobierno, por los diversos Ministerios, Secretarías de Estado, Subsecretarías, Direcciones Generales, Subdirecciones, Servicios, Secciones, Negociados y su organización periférica).
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- Las Entidades que integran la Administración local.
- Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

No está tan claro si ha de configurarse como Administración pública a las organizaciones burocráticas que sirven de soporte a los poderes públicos distintos de las Administraciones territoriales, como las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), los Parlamentos autonómicos, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Corona, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. La función específica que constituye la razón de ser de esos poderes públicos no se rige por el Derecho administrativo, sino por normas de derecho constitucional o parlamentario, o por las normas orgánicas propias de cada uno de estos poderes, pues el Estado no actúa normalmente a través de estos poderes como sujeto de derecho sino como creador o garante del mismo. Sin embargo, el Estado se manifiesta también a través de esos poderes públicos como sujeto de Derecho cuando dichas instituciones desarrollan una actividad materialmente administrativa, ya sea celebrando contratos instrumentales, administrando su patrimonio, o gestionando su personal de apoyo. Toda esta actividad instrumental, que no constituye propiamente la función específica que les ha sido atribuida por la Constitución, pero que es absolutamente necesaria para la realización de sus cometidos constitucionales, se rige por el Derecho administrativo y es controlada por la Jurisdicción contencioso- administrativa, tal y como expresamente reconoce en la actualidad el art. 1.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.

• LA ADMINISTRACIÓN Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

La Administración no es sólo el Estado en posición de sujeto de Derecho, destinatario de normas específicas que contemplan su organización o su relación con otros sujetos. Es también en cierto modo un órgano creador de Derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y los jueces.

En los **orígenes del constitucionalismo** los poderes legislativos de la Administración eran muy limitados, pues esos poderes legislativos se localizaban en las Cortes en los términos más amplios, no dejándose al Rey como cabeza del Ejecutivo más que una modesta potestad reglamentaria. Poco a poco, sin embargo, la Administración va a ir adquiriendo un importante papel en el ejercicio de la función legislativa, amparada en las leyes de plenos poderes, en las técnicas de la delegación legislativa, en los Decretos-leyes o en la potestad reglamentaria, además de la iniciativa legislativa que le corresponde. En Francia, la Constitución de 1958 ha

llegado hasta el punto de atribuirle la titularidad de la función legislativa sobre determinadas materias con exclusión del Parlamento, materias que regula el Gobierno a través de los llamados reglamentos independientes.

Puede por consiguiente afirmarse que, *de facto*, la función legislativa de las Cortes y los parlamentos autonómicos es en la actualidad una función mediatizada por los respectivos gobiernos. A ello añade Parada el fenómeno contrario pero igualmente contrario al principio de separación de poderes y, por ello, dudosamente constitucional, de la utilización de los órganos legislativos para dictar actos administrativos revestidos de la forma de leyes y que por ello resultan inmunes al control de la jurisdicción contencioso- administrativa (pues los tribunales controlan los reglamentos pero no las normas con rango de ley). Como ejemplos de esta administración mediante leyes cita Parada algunos supuestos previstos por el propio legislador, como la declaración de parques naturales o la autorización de universidades privadas, que pueden considerarse como actos materialmente administrativos, y, al margen de previsiones legales, el caso de la expropiación por ley que se produjo en el asunto Rumasa (Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre expropiación de Rumasa).

• LA ADMINISTRACIÓN Y LOS JUECES

Las relaciones de la Administración con el Poder Judicial han evolucionado de forma inversa a las que mantiene con el Poder Legislativo, de suerte que la posición de la Administración frente a los jueces era mucho más fuerte en los orígenes del constitucionalismo que lo es ahora.

La Revolución Francesa contempló a los Tribunales herederos de los Parlamentos Judiciales del antiguo Régimen con hostilidad, y como consecuencia de ello se impuso el principio de independencia de la función administrativa, impidiendo a los jueces conocer de los actos de la Administración de cualquier naturaleza que fueran. Esta prohibición se fundamentaba en la idea de que juzgar a la Administración es también administrar, entendiéndose que atribuir esa función a los jueces era como una infracción al principio constitucional de la separación de poderes.

Al igual que en Francia, el *status* judicial privilegiado de la Administración se configuró en España como un sistema de protección frente a los jueces y tribunales, a los que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 les prohibía mezclarse en asuntos peculiares a la Administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes, incriminando penalmente la conducta del juez que se arrogare funciones propias de las autoridades administrativas o impidiera a éstas el ejercicio legítimo de las suyas.

Además de estas prohibiciones, el principio de separación de funciones se sustentaba también en otras técnicas, como:

- la creación de una Jurisdicción o fuero especial: la jurisdicción contencioso- administrativa.
- La obligación de los jueces civiles y penales de abstenerse de conocer de las cuestiones previas administrativas que se planteasen en sus propios juicios o procesos, debiendo remitirlas a la jurisdicción contencioso- administrativa.
- La necesidad de una autorización administrativa previa para que los Tribunales penales y civiles pudieran encausar o aceptar demanda de responsabilidad civil contra los funcionarios por hechos relacionados con el ejercicio de sus cargos.
- El reconocimiento por la jurisprudencia del siglo XIX y algunas normas reglamentarias de la presunción de validez y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos, de tal forma que pueden llevarse directamente a ejecución por la propia Administración sobre los particulares sin que su efectividad se paralice por la interposición de recursos.
- A la Administración se le dota, por último, de un potente y directo poder sancionador en todos los campos de intervención administrativa.

Todas las exenciones y privilegios de la Administración estaban protegidos frente a los jueces y Tribunales comunes a través de un sistema de conflictos en el que la preponderancia de la Administración se aseguraba:

- en el procedimiento de forma absoluta mediante el otorgamiento en exclusiva de aquella de la iniciativa de plantear conflictos (suponía la paralización de la actividad judicial), iniciativa que se vedaba a los jueces y Tribunales.
- Atribuyendo al Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado (órgano consultivo de la Administración) la resolución de los procedimientos de conflictos.

La situación de privilegio de la Administración empezó a variar con la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956. A partir de entonces, esta jurisdicción ha dejado de ser una jurisdicción especial, un fuero de la Administración, para pasar a integrarse dentro del sistema judicial como un orden jurisdiccional más. La Administración es juzgada con normalidad por los jueces ordinarios, sí bien en un orden jurisdiccional distinto al civil. Se van suprimiendo asimismo otros privilegios de la Administración, como la necesidad de someter a autorización administrativa previa los procesos seguidos contra funcionarios ante los Tribunales civiles y penales, y la Administración comienza a perder su posición de privilegio en el sistema de conflictos. Con la ley de 17 de julio de 1948, la iniciativa del planteamiento del conflicto puede ser planteada también por los Tribunales a la Administración. Este proceso de favorecimiento de los jueces y Tribunales se acentúa aún más con la LOPJ de 1985 al privar a la Administración de su posición de superioridad en la fase resolutoria de los conflictos, que ahora se encomienda a una Comisión Mixta, presidida por el Presidente del Tribunal Supremo con voto de calidad e integrada por Magistrados de este Tribunal y por Consejeros del Estado.

Restan sin embargo todavía en la Administración importantes poderes de naturaleza judicial:

- El Privilegio de decisión ejecutoria, que permite a la Administración decidir y ejecutar lo decidido aun en contra de la voluntad de los administrados (art. 94 Ley 30/92).
- La Constitución ha legitimado el poder sancionador de la Administración (arts. 25 y 45.3).
- La Administración conserva la potestad de ejecutar las sentencias judiciales que a ella se refieren (arts. 103 y ss, Ley Jurisdicción Contencioso-administrativa) e incluso, en determinados supuestos, puede suspender o dejar sin efecto las sentencias judiciales, aunque indemnizando al particular afectado (art. 105 LJCA). Mediante la institución de los indultos particulares, reconocida por la Constitución (art. 62.i), el Gobierno puede también dejar sin efecto una sentencia penal.

En definitiva, si bien es cierto que el conjunto de las administraciones públicas son sujetos de Derecho dotados de personalidad jurídica como las otras personas físicas y jurídicas, y actúan sujetándose a Derecho, no es menos cierto que son también poderes públicos dotados de potestades normativas y judiciales que les posibilitarán imponer siempre su voluntad a los ciudadanos, aunque bajo la posterior vigilancia de los Tribunales que impone el art. 106.1 de la CE.

Art.106.1 de la Constitución: *Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*

6.- CARACTERES DEL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ALTERNATIVA ANGLOSAJONA (epígrafe menos importante)

EL Derecho administrativo, en el denominado sistema de régimen administrativo originario de Francia, tiene unas reglas propias en sus instituciones fundamentales. Mientras en el Derecho privado la idea dominante es que los individuos y sus intereses son tratados con igualdad, el Derecho administrativo es el derecho de la desigualdad dentro de un cuadro de legalidad.

La desigualdad se suele describir haciendo referencia a los poderes que la Administración ostenta en el seno

de esas relaciones, como el privilegio de decisión ejecutoria o el poder sancionador de la Administración – poder de autotutela – Estos privilegios se justifican en función de los fines superiores y las pesadas cargas que se encomiendan a la Administración (necesidades colectivas, educación, etc.).

En todo caso, ese régimen de desigualdad:

- Es un régimen de Derecho porque la Administración está sometida al principio de legalidad, conforme al cual todas las competencias y obligaciones que asume deben estar previamente establecidas en la Constitución, en las leyes o en las normas de desarrollo.
- La desigualdad y el principio de legalidad juegan también en beneficio de los particulares, pues cualquier medida de intervención, si por una parte constriñe a quienes van dirigida, por otra, protege a otros ciudadanos.
- Las competencias y obligaciones que asume la Administración al gestionar los servicios públicos están también al servicio de la colectividad

El régimen de Derecho administrativo ha supuesto por primera vez la sumisión efectiva de la Administración al derecho poniéndola al servicio de la colectividad, siendo a pesar de sus privilegios, un régimen liberador de las opresiones medievales y del Antiguo Régimen.

Este régimen de Derecho administrativo no se da en los países anglosajones y, concretamente, en Inglaterra, que carecen, entre otras, de instituciones tales como la Jurisdicción administrativa y de reglas especiales para los actos, contratos y la responsabilidad de la Administración.

El sistema inglés de imperio de la Ley (*rule of law*), se caracterizaría, según escribió DICEY a finales del siglo XIX alabando la virtud y superioridad de este sistema respecto del de corte francés, por dos notas:

- 1.– La absoluta supremacía del Derecho común, como opuesto a toda existencia de poderes arbitrarios, de prerrogativas e, incluso, de facultades discrecionales de las autoridades administrativas independientes.
- 2.– La igual sumisión de todas las clases –incluidos los funcionarios– al Derecho común del país administrado por los Tribunales ordinarios.

La pretendida superioridad de este sistema respecto del francés no era sin embargo tan cierta en la época en que escribía DICEY, pues existían obstáculos a la plena sumisión de los poderes públicos al Derecho, como el dogma de la irresponsabilidad de la Corona (*the king can do no wrong*), que impedía las acciones por daños causados por la Administración (sólo los funcionarios podían ser perseguidos civil y criminalmente a título individual por los daños que causaran). En la actualidad, esta situación ha cambiado, de tal forma que, por un lado se acepta, si bien con especialidades respecto del Derecho común, la responsabilidad y las acciones consiguientes contra la Corona, y por otro, si bien sigue siendo cierto que los mismos Tribunales que conocen de los litigios entre particulares conocen también de las acciones contra los funcionarios, el creciente intervencionismo estatal ha llevado a la creación de tribunales especiales en ciertas materias administrativas, como las de Seguridad Social.

7.– EL DESPLAZAMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR EL DERECHO PRIVADO

La existencia en nuestro país de un régimen de Derecho administrativo, es decir, de unas normas específicamente destinadas a regir la organización y las relaciones de las administraciones públicas con los administrados así como la existencia de un orden jurisdiccional propio (la jurisdicción contencioso-administrativa), no es obstáculo para que existan relaciones de tipo privado en las que son parte las Administraciones Públicas implicando con ello que se someterán si existen litigios a la Jurisdicción Civil.

En el siglo XIX, cuando nacía en Francia y España el moderno Derecho administrativo, los casos en los que las administraciones públicas se sometían al Derecho privado y a la jurisdicción civil, constituían excepciones a la sumisión a su jurisdicción propia que tenían una doble justificación:

- la consideración de los jueces ordinarios como guardianes de las libertades y derechos fundamentales, entre los que se cuenta el de propiedad, por lo que las cuestiones y litigios sobre la propiedad se les atribuyeron con exclusión de la jurisdicción administrativa y su derecho.
- Dado que el Derecho y la jurisdicción administrativa se justificaban por la asunción de funciones y servicios públicos y la construcción de obras públicas, se entendía que cuando los entes públicos llevaban a cabo una simple gestión de su patrimonio privado (del mismo modo que pueden hacerlo los particulares) ello originaba relaciones sujetas al Derecho civil.

En la actualidad, aparte de mantenerse estos dos supuestos, la aplicación del Derecho privado se lleva mucho más lejos, pues con una pretendida justificación e la mayor eficacia del Derecho privado respecto al Derecho público, la aplicación del Derecho privado a la Administración se halla absolutamente generalizada como método o sistema para la gestión de funciones o servicios públicos o la contratación de obras públicas, y llega hasta el punto de que para el ejercicio de estas funciones públicas la Administración utiliza formas privadas de personificación, como la sociedad mercantil (en la que el capital público es exclusivo o mayoritario) o las Entidades públicas que sujetan su actividad al Derecho privado. La consecuencia primordial que se deriva de esta utilización de formas privadas de personificación es lo que se conoce como huida del Derecho administrativo: la inaplicación de la legislación administrativa sobre contratos, así como del régimen de función pública para su personal, además de la inaplicación de los controles internos de intervención previa propios del común de las Entidades públicas.

Parada crítica esta huida del Derecho administrativo por los siguientes motivos:

- Resulta contraria a los principios constitucionales, pues la Constitución impone a la actividad administrativa una serie de principios contrarios al régimen jurídico-administrativo y que sólo ese régimen, y los procedimientos que comporta es capaz de garantizar. De acuerdo con la Constitución, la Administración ha de actuar sometida a los principios de legalidad (entendida como vinculación positiva, de habilitación de la actividad administrativa, mientras que en el Derecho privado actúa como límite negativo: es lícito todo lo que no está prohibido); de prohibición de la arbitrariedad (común a la actuación de todos los poderes públicos, según el art. 9.3); de objetividad, mérito y capacidad (art. 23); de imparcialidad (art. 103); de igualdad (arts. 14 y 23); y la actuación a través de procedimientos (art. 105.3). Obviamente, cuando la Administración escapa del Derecho administrativo, disfrazándose de Sociedad Anónima o de entidad pública sujeta a Derecho privado, no deja de ser Administración pública y debería, en consecuencia, estar sujeta a estos mismos principios constitucionales. Ocurre, sin embargo, que el Derecho privado no sirve para garantizar que estos principios se cumplen, tanto porque son irrelevantes en el Derecho privado como porque al faltar en éste un procedimiento previo, justificador o legitimador de los actos jurídicos, como se impone para las administraciones públicas por el art. 105.3 CE, se impide que los tribunales ordinarios puedan controlar que la actuación de la Administración con arreglo al Derecho privado se ajuste a estos principios.
- No resulta más eficaz la actuación de la Administración cuando actúa sujeta a Derecho privado, y, en cambio, es seguro que es un terreno más abonado para la corrupción. La presunta mayor eficacia de la empresa privada, rigiéndose por el Derecho privado, sobre las administraciones públicas, rigiéndose por el Derecho público, lo es en realidad porque los resultados de la gestión de aquélla repercuten céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario, pero la Administración cuando actúa en régimen de Derecho privado no está condicionada por el riesgo empresarial, porque también en estos casos cuenta con una financiación ilimitada que generan los impuestos, protectores impenitentes de los riesgos de la quiebra empresarial. Es por ello injustificable que para su actuación la Administración utilice formas de personificación privadas que ni están controladas por las inexorables leyes del

mercado, ni por los procesos de impugnación de acuerdos sociales ante el juez civil por los accionistas (dado que no existe en ellas más que un solo socio: la Administración pública estatal, autonómica o local), ni por los cautelosos procedimientos del Derecho público y la justicia administrativa.

- La tendencia privatizadora, en cuanto busca la contratación discrecional, constituye con frecuencia un fraude al Derecho comunitario, en concreto a las Directivas que imponen a los Estados miembros, con la finalidad de impedir un trato discriminatorio entre los ciudadanos de la Unión europea y asegurar la libre competencia, la obligación de que sus Administraciones respeten los procedimientos públicos de selección de contratistas que en aquéllas se diseñan.

8.- CONTENIDOS MATERIALES Y ACADEMICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (epígrafe menos importante).

El Derecho administrativo comprende, en primer lugar, la denominada Parte General, configurada por una serie de instituciones básicas que, en cierto modo, no son otra cosa que una reduplicación de instituciones del Derecho privado, pero con notables especialidades. Así ocurre con la teoría de los actos y contratos administrativos, del dominio público, de la responsabilidad y del proceso administrativo, materias en las que, sobre la base del fondo tradicional de regulación y conceptos propios del Derecho civil y procesal, se incrustan y graban unas notorias especialidades que suelen consistir en determinados privilegios, a través de los cuales la Administración asegura su superioridad sobre los administrados, si bien es verdad que compensados por otras desventajas o privilegios en menos como los ha denominado la doctrina francesa.

Como instituciones ya típicamente administrativas, aparecen la expropiación forzosa y el procedimiento administrativo, sin parangón con instituciones de derecho privado, al igual que ocurre con el estudio de la organización administrativa y la función pública.

Una notable diferencia entre los contenidos académicos del Derecho administrativo y del Derecho civil y penal, es que en el Derecho administrativo se estudian también los aspectos procesales, si bien con menor detenimiento y precisión de lo que es habitual en el Derecho procesal, en parte porque las normas del Derecho civil actúan como subsidiarias del proceso contencioso- administrativo.

El Derecho administrativo comprende, además, una segunda parte o Parte Especial en la cual se estudia la legislación que regula la intervención pública en los más diversos sectores de la actividad humana (urbanismo, medio ambiente, sanidad, educación, industria, agricultura, comercio, sistema financiero, intervención en la economía, turismo, orden público, defensa etc.). Asimismo, la mayor parte de las normas que hoy forman el Derecho comunitario europeo por sus contenidos y técnicas de garantía se encuadran dentro del Derecho administrativo, lo que significa que la Administración de las Comunidades Europeas, las normas que rigen las relaciones de éstas con su personal y, lo que es más importante, la mayor parte de los contenidos de sus reglamentos y directivas, sólo pueden investigarse y enseñarse desde los conceptos y técnicas propias de nuestra disciplina.

TEMA II.- LAS FUENTES DEL DERECHO

(Actualizado con la edición de octubre de 2000).

1.- EL SISTEMA DE FUENTES

El estudio de las fuentes del Derecho se plantea en el Derecho administrativo en términos similares a las restantes disciplinas jurídicas por lo que atañe a la problemática básica de esta materia (diversas acepciones del término fuente, clases de las mismas, principios de articulación entre unas y otras, etc.), por lo que para estas cuestiones básicas conviene remitirse a la Teoría General del Derecho, a la parte general del Derecho civil y, sobre todo, al Derecho constitucional, cuyo objeto fundamental es el análisis de la función legislativa

del Estado en cuanto creador del Derecho.

El capítulo de las fuentes del derecho, aunque no sea su objeto central, tiene en el derecho administrativo una gran importancia. La razón está, en que la Administración no sólo es como los restantes sujetos del derecho un destinatario obligado por las normas jurídicas, sino al propio tiempo un protagonista importante en su elaboración y puesta en vigor. Esta participación de la Admon en la creación del Derecho se manifiesta de tres formas:

- Coparticipación de la Administración, dirigida por el Gobierno, en la función legislativa del Parlamento mediante la elaboración de los proyectos de ley, su remisión posterior al órgano legislativo e, incluso, la retirada de los mismos.
- Por su participación directa en la propia función legislativa, elaborando normas con valor de ley, que por ser dictadas por el Gobierno reciben el nombre de decretos legislativos y decretos leyes.
- A través de la elaboración de los reglamentos, normas de valor inferior y subordinado a las normas con rango de ley, pero que constituyen cuantitativamente el sector más importante del ordenamiento jurídico.

Además de este protagonismo de la Admon en la creación de las fuentes escritas, debe resaltarse que las no escritas, llamadas también indirectas o complementarias, tienen un valor muy distinto en el Derecho administrativo que en el Derecho privado, pudiendo destacarse el menor valor de la costumbre y la aplicación y utilización más frecuente, en cambio, de los principios generales del Derecho.

En cuanto a las **clases de fuentes**, el art. 1 del Código Civil establece lo siguiente.

- Las fuentes del ordenamiento jurídico español, son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.
- Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.
- La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral, el orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que nos sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.
- Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
- Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el B.O.E.
- La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina, que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Esta tradicional clasificación de las fuentes, no se corresponde con la realidad del ordenamiento, entre otras razones porque no se cita a una fuente tan importante como los reglamentos, aunque parece que se alude a ellos cuando se habla de las disposiciones que contradigan otras de rango superior (los reglamentos jerárquicamente son inferiores a la Ley), por lo que hay que entender que el Código Civil utiliza el concepto de ley en sentido material, esto es, cualquier norma escrita, cualquiera que sea el órgano, legislativo o administrativo, del que emane.

Hay que señalar, además, que la clasificación y regulación tradicional de las fuentes del Derecho, ha de completarse hoy con la normativa constitucional. Hay que señalar así el propio valor de la Constitución como norma jurídica y, además, la introducción por ésta de dos nuevas clases de leyes desconocidas con anterioridad: la Ley estatal orgánica, que se aplica para regular determinadas materias cuya importancia así lo requiere, y la Ley de las Comunidades Autónomas, que surge por haberse reconocido en ellas otra instancia soberana de producción del Derecho. Además, la entrada de España en la Comunidad Europea ha supuesto la aplicación de un nuevo ordenamiento en el que determinadas normas, como son los reglamentos comunitarios,

tienen vigencia directa e inmediata en el Derecho español, incluso con valor superior al de nuestras leyes.

Todo sistema de fuentes supone, junto a la previsión y la regulación de las mismas, la existencia de unas normas sobre las fuentes mismas, a fin de ordenarlas o jerarquizarlas asignando a cada una su posición o valor dentro del conjunto. Esta función la cumplen los siguientes principios:

Según el **principio de jerarquía** que consagra el art. 9,3 de la Constitución una fuente o norma prevalece sobre otra en función del rango de la autoridad o del órgano de que emanen. Este principio consagra por tanto una ordenación vertical de las fuentes que supone una estricta subordinación entre ellas, de tal forma que la norma superior siempre deroga la norma inferior (fuerza activa) y la inferior es nula cuando contradice la superior (fuerza pasiva).

El **principio de competencia** o de distribución de materias, excluye la aplicación del principio de jerarquía en determinados ámbitos jurídicos, en cuanto implica la atribución a un órgano o ente concreto dotado de autonomía de la potestad de regular determinadas materias o dictar cierto tipo de normas con exclusión de los demás. Este principio explica la vigencia de subsistemas jurídicos al margen del principio de jerarquía, como son los propios de las Cámaras legislativas (reglamentos parlamentarios), de los Colegios profesionales (estatutos), o de las Comunidades Autónomas (leyes y reglamentos autonómicos). Estas normas gozan de una protección singular frente a las demás del sistema normativo, de igual o superior nivel, pues sólo pueden ser modificadas por la propia norma atributiva de la competencia o por los procedimientos propios del subsistema normativo (p.ej., un reglamento autonómico no puede ser modificado por una ley del Estado, pero sí por otro reglamento o ley autonómica o mediante una reforma del Estatuto de Autonomía o de la Constitución).

2.- LA CONSTITUCION

La Constitución es la primera de las fuentes, la super-ley, la norma que prevalece y se impone a todas las demás de origen legislativo y gubernamental.

La caracterización de la Constitución como norma jurídica, y justamente como la primera del sistema de fuentes, no ofrece hoy discusión, aunque si se plantea si todos sus preceptos resultan directamente aplicables por los operadores del Derecho, esto es, por los ciudadanos, los funcionarios y los jueces. Esta cuestión surge porque las constituciones actuales, además de normas que regulan los derechos y libertades básicos y la organización de los poderes supremos del Estado, que resultan siempre de aplicación directa, recogen otra serie de preceptos con los que pretenden establecer una serie de valores conformadores de la sociedad entera y, por ende, del conjunto del ordenamiento jurídico. En nuestra Constitución, el art.53 resuelve esta cuestión al distinguir las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas de los llamados principios rectores de la política social y económica establecidos en el Capítulo III del Título I, y mientras de las primeras predica su directa aplicación al decir *que vinculan a todos los poderes públicos*, los segundos operan en vía interpretativa e integradora al modo de principios fundamentales (*su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*), los cuales requieren para ser directamente operativos su plasmación en otros textos legales o reglamentarios.

La supremacía de la Constitución puede verse en la actualidad disminuida por el Derecho europeo, pues aunque en principio los tratados internacionales sólo son válidos si se sujetan a lo que la Constitución dispone (art. 95.1 CE), esta supremacía cede cuando, como en el caso de la Comunidad Europea, las Cortes Generales ejercen la potestad que les confiere el art. 93 de la propia Constitución, en virtud del cual *mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*.

Las normas constitucionales son de dos clases o se sitúan en dos niveles por razón de los procedimientos

que establece la propia Constitución para su revisión:

- Unas (las previstas en el artículo 168.1) son fundamentales, en cuanto que su revisión se equipara con la revisión total de la Constitución y se sujeta a un procedimiento muy rígido que exige la aprobación por mayoría de 2/3 de ambas cámaras y su sometimiento a referéndum.
- Las restantes normas constitucionales pueden considerarse jerárquicamente inferiores a las anteriores, en cuanto su revisión se hace a través de un procedimiento más simple.

En cuanto a las **técnicas para garantizar la supremacía de la constitución sobre las demás normas**, dos son las soluciones históricamente arbitradas:

- La más elemental es la norteamericana, que consiste en el llamado *control difuso*, que no es otra cosa que remitir a los Jueces ordinarios, bajo el control último del T. Supremo, la apreciación de la constitucionalidad de las leyes con motivo de su aplicación a los casos concretos.
- En el sistema de *control concentrado*, por el contrario, el común de los jueces y Tribunales sólo tiene la posibilidad de rechazar la aplicación de la ley en los casos en que en un primer análisis la estimen contraria a la constitución pero sin posibilidad de declarar la invalidez de la norma, que han de remitir a un órgano específicamente establecido para esa misión: El Tribunal Constitucional. Este es el sistema austriaco, inspirado en la obra de Kelsen (para quien el Tribunal Constitucional ejerce una legislación negativa al declarar la invalidez de las leyes), que es el que se sigue en nuestro actual sistema constitucional, en el que los jueces y Tribunales pueden plantear únicamente una impugnación indirecta, a través de la llamada cuestión de inconstitucionalidad, cuando consideren que la ley aplicable al caso y de la que dependa el fallo es contraria a la Constitución, reservándose la impugnación directa a los poderes públicos más relevantes (Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, 50 diputados o 50 senadores y, si les afecta, los Gobiernos o Parlamentos de las CCAA).

En relación a las **leyes preconstitucionales**, anteriores a 1978, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que *los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma* (no necesitan en este caso, por tanto, plantear la cuestión de inconstitucionalidad); o *pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad*.

3.- LAS LEYES Y SUS CLASES

Inmediatamente subordinadas a la Constitución están las leyes, normas cuya aplicación resulta irresistible (salvo en el caso antes descrito) para los jueces –a diferencia de lo que sucede, como veremos, con los reglamentos, así como para los ciudadanos y funcionarios, lo que se explica porque las leyes emanan normalmente del órgano en que radica la soberanía popular: el Parlamento.

Dentro de las leyes parlamentarias podemos distinguir varias especialidades:

- **Leyes orgánicas:** son las que se refieren a materias a las que la Constitución otorga especial trascendencia y por ello su aprobación se condiciona a la existencia de un quorum especialmente reforzado en el Congreso, que no se exige para las leyes ordinarias.
- **Leyes de las Comunidades Autónomas,** que son las que aprueban sus correspondientes órganos legislativos dentro de las materias que estatutariamente tienen atribuidas. Estas leyes están jerárquicamente subordinadas, además de a la Constitución, a sus respectivos Estatutos de Autonomía, pero no a todas las leyes estatales, con las cuales sus relaciones se explican normalmente, no a través del principio de jerarquía sino del de competencia.
- La Constitución ha previsto sin embargo un conjunto de **leyes estatales de conexión con los subsistemas autonómicos**, que por su propia naturaleza se imponen jerárquicamente a las leyes de las Comunidades Autónomas, y que son las siguientes:

- Los Estatutos de Autonomía, que son leyes estatales de carácter orgánico con diferente objeto y diferente procedimiento de elaboración y de modificación que el resto de las leyes.
 - Las leyes– marco, a través de las cuales las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a las CCAA (todas o algunas) la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases o directrices fijados por una ley estatal (art. 150.1 CE).
 - Las Leyes de transferencia o delegación, por medio de las cuales el Estado podrá transferir o delegar en las CCAA, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación (art. 150.2).
 - Leyes de armonización, mediante las cuales el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las CCAA, aun en el caso de materias atribuidas a las competencias de estas, cuando así lo exija el interés general (art.150.3).
- **Las leyes refrendadas son aquellas sometidas a referéndum popular, si se interpreta que el art. 92 de la Constitución admite esta hipótesis de aprobación de las leyes cuando alude como posible objeto del referéndum a las decisiones políticas de especial transcendencia, aunque ello no parece deducirse de la voluntad de los constituyentes expresada en los debates.**
 - Las llamadas **leyes paccionadas** suponen que un acuerdo o contrato se aprueba posteriormente como norma con rango de ley. Su admisión en la actualidad parece contradecir la naturaleza soberana y unilateral del procedimiento legislativo.

4.- EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

El procedimiento legislativo (regulado en el Título III, Capítulo II de la Constitución), comienza con la **iniciativa legislativa**, que admite diversas formas:

- **La iniciativa legislativa del Gobierno es el supuesto más común y se concreta en los proyectos de ley, los cuales, una vez aprobados por el Consejo de Ministros, se remiten al Congreso acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para que éste pueda pronunciarse sobre ellos.**
- Por *iniciativa del Congreso y del Senado*, por medio de una proposición de ley impulsada por los grupos parlamentarios o a título individual por 15 diputados o 20 senadores.
- Por *iniciativa legislativa de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas*, que pueden remitir a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley, designando a tres de sus miembros como representantes para que se encarguen de su defensa.
- La *iniciativa popular*, por último, exige un mínimo de 500.000 firmas acreditadas y no procede en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo al ejercicio de la prerrogativa de gracia.

Cuando la iniciativa consiste en una **proposición de ley**, ha de seguirse un trámite previo que no se aplica a los proyectos de ley: se remite al Gobierno para que pueda oponerse a su tramitación si supone aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios, para pasar después al Pleno de la Cámara, que se pronunciará sobre su toma en consideración.

Tras la iniciativa tiene lugar la **aprobación por el Congreso de los Diputados**, siguiendo los trámites de publicación, presentación de enmiendas, informe de una ponencia sobre el proyecto, debate, votación artículo por artículo, elaboración de un dictamen por la Comisión y debate y votación final en el Pleno. Para la aprobación basta la mayoría simple salvo los casos en que la Constitución requiere mayoría cualificada (como en el caso de las leyes orgánicas).

Intervención del Senado. Sigue una tramitación similar, disponiendo de un plazo de dos meses para oponer su veto al proyecto por mayoría absoluta o introducir enmiendas. Si hay enmiendas o veto vuelve al Congreso, que se pronunciará sobre las enmiendas aceptándolas o rechazándolas por mayoría simple, y en caso de veto,

podrá ratificar el texto por mayoría absoluta o, una vez transcurridos dos meses, por mayoría simple.

Por último, el **Rey sancionará**, en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes y las **promulgará y ordenará su inmediata publicación**, que ha de hacerse en el Boletín Oficial del Estado.

5.- LAS LEYES ORGANICAS

La Ley Orgánica la configura nuestra Constitución (art. 81) como una ley reforzada, dotada de una mayor rigidez que la ordinaria, pues se exige una mayoría cualificada para su aprobación, modificación o derogación, consistente en *la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*.

En cuanto a la materia o ámbito de estas leyes, la Constitución establece que *son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*. Estas materias sólo pueden regularse por ley orgánica, aunque es posible que una ley de este tipo incluya preceptos regulando materias para las que no se exige esta clase de ley. En este último supuesto, el Tribunal Constitucional no exige que en el futuro esa regulación deba ser modificada o derogada a través de otra ley orgánica, pues eso iría a su entender *en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales, una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas* (Sentencia de 13 de febrero de 1981).

6.- LAS NORMAS DEL GOBIERNO CON FUERZA DE LEY: DECRETOS- LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS

El Gobierno, además de intervenir decisivamente en el procedimiento legislativo ordinario, mediante el ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa y su mayoría parlamentaria en las Cámaras, tiene formalmente atribuida, al margen y además de su potestad reglamentaria, la facultad de dictar normas con rango de ley:

A) Los decretos- leyes. Así llamados porque por su origen gubernativo son decretos y por su valor formal son verdaderas leyes. Aparecen desde finales del siglo XIX y se hicieron práctica común a raíz de la primera guerra mundial, justificándose inicialmente por la concurrencia de circunstancias excepcionales para pasar después a legitimarse en función de la simple urgencia y como alternativa forzada por la lentitud del trabajo parlamentario. Nuestra Constitución los admite en el art. 86 aunque imponiendo las siguientes condiciones:

- Que concurra, a juicio del Gobierno, un caso de extraordinaria y urgente necesidad.
- La regulación acometida por el decreto- ley no puede afectar *al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general*.
- Por último, los decretos- leyes *deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario*

La fórmula de los decretos- leyes no es utilizable por los gobiernos de las CCAA.

B) Los decretos legislativos. Así denomina el art. 85 de la Constitución las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada. Mediante la delegación legislativa el Parlamento delega en el Gobierno bien la facultad de desarrollar con fuerza de ley los principios contenidos en una ley de bases (**textos articulados**), o bien la refundición del contenido de otras leyes en un único texto (**textos refundidos**). La Constitución establece los siguientes **requisitos de la delegación** (arts. 82 y 83):

- La delegación debe hacerse por una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o bien por una ley ordinaria de autorización cuando se trate de refundir varios textos en uno solo, y habrá de otorgarse precisamente a favor del Gobierno (sin que se permita la subdelegación a autoridades distintas del mismo).
- La delegación puede comprender cualquier *materia* que las Cortes determinen, salvo las que deban ser objeto de regulación por ley orgánica, y tampoco puede incluir la facultad de modificar la propia ley de bases ni la de dictar normas de carácter retroactivo.
- La delegación debe hacerse *de forma expresa y con fijación del plazo para su ejercicio*, sin que pueda entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado.
- La delegación debe hacerse *de forma precisa*, delimitando con precisión su objeto y alcance.
- La aprobación de los decretos legislativos debe hacerse observando las *reglas de procedimiento* establecidas para los demás reglamentos gubernativos en la Ley del Gobierno (art. 24). Se trata éste de uno de los supuestos en los que se exige, antes de su aprobación por el Consejo de Ministros, el dictamen preceptivo pero no vinculante del Consejo de Estado, que versa sobre su adecuación con la delegación legislativa

Entre los efectos de la delegación pueden destacarse los siguientes:

- Tanto los textos articulados como los refundidos tienen el valor de normas con rango de ley en cuando se acomoden a los términos de la delegación, pues si se exceden del mandato de la ley de bases o de la ley de autorización son nulos.
- La técnica legislativa de la delegación se agota una vez utilizada, de tal forma que las modificaciones posteriores del decreto legislativo habrán de hacerse ya por una norma con rango de ley o mediante una nueva delegación legislativa.

En cuanto al control del uso correcto de la delegación, la Constitución establece que *sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control*. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocen, como dice el art. 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, de las pretensiones que se deduzcan en relación con los decretos legislativos *cuando excedan los límites de la delegación*, pues no adquieren entonces, como hemos dicho, fuerza de ley. Entre las formas adicionales de control podemos citar: el operado por el Tribunal Constitucional como en la generalidad de las leyes, el control *a priori* que supone el informe del Consejo de Estado, o la ratificación parlamentaria de los decretos legislativos que puede prever la ley de delegación.

7.- LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales, es decir, los acuerdos que el Estado español celebra con otros países soberanos, se manifiestan en una gran variedad de instrumentos formales (acuerdos, convenios, protocolos etc.), y, al margen de las vinculaciones que originan entre los Estados en el plano internacional, una vez publicados oficialmente en nuestro país, forman parte, como establece el art. 96 de la Constitución, del ordenamiento interno.

El Gobierno es quien negocia y firma los tratados, pero la Constitución establece un sistema de control por el Parlamento de los mismos que reviste varias modalidades:

- La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exige *la previa revisión constitucional*. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al TC para que declare si existe o no esa contradicción.
- Cuando se trate de la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (como ocurre con el Tratado de la CE), es preciso su autorización por las Cortes mediante *ley orgánica*.

- La celebración de un tratado internacional requiere la *previa autorización de las Cortes Generales* en los de carácter político o militar, los que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, los que comporten obligaciones financieras para la Hacienda Pública, y los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.
- En la celebración de los restantes tratados o convenios, el Congreso y el Senado han de ser *inmediatamente informados de su conclusión*.

Los tratados, una vez incorporados al ordenamiento jurídico, modifican las leyes que les sean contrarias, pero, sin embargo, no se produce el efecto inverso, es decir, no son modificables por leyes posteriores, ya que sus disposiciones, como dice la Constitución, sólo podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

8.- EL DERECHO COMUNITARIO

España, como el resto de países miembros de la Comunidad Europea, ha experimentado desde su ingreso en ella una alteración de su sistema de fuentes. Las características fundamentales del sistema de relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos son las siguientes:

- El ordenamiento comunitario es, como tal, autónomo e independiente de los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad.
- Dicho ordenamiento tiene fuentes propias de producción del Derecho.
- El Derecho comunitario se integra en el Derecho interno, no a través de una coordinación horizontal, sino de una relación vertical por la cual están destinados a confundirse progresivamente, incluso porque las personas físicas y jurídicas de los Estados miembros son al mismo tiempo sujetos del ordenamiento comunitario y del ordenamiento interno.
- Las normas comunitarias que cumplen determinados requisitos tienen eficacia inmediata en el ordenamiento interno de los Estados miembros.

En el Derecho comunitario existen dos niveles básicos de fuentes:

A) Fuentes primarias, que hacen el papel de Constitución y que son los Tratados y demás actos posteriores que los han venido a modificar o completar: los Tratados constitutivos de las tres Comunidades cuyo conjunto se conoce como Comunidad Europea (el Tratado CECA, firmado en París el 18 de abril de 1951, y los Tratados de la CEE y de EURATOM firmados en Roma el 25 de marzo de 1957), así como el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de enero de 1992, y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, que profundizan en el proceso de integración europea dotando a la Comunidad de unos vínculos económicos y políticos más fuertes. Todos estos tratados y los actos complementarios (protocolos adicionales y Tratados de adhesión de los Estados no fundadores), han sido aprobados según los métodos constitucionales propios de cada uno de los Estados miembros, y publicados en cada uno de los boletines oficiales nacionales.

B) Las fuentes derivadas son las que se fundamentan en el anterior derecho primario. El Tratado de la CE clasifica en cinco categorías los actos que pueden ser aprobados por el Consejo o la Comisión (art. 189):

- *El reglamento* constituye la más importante norma jurídica del Derecho comunitario. Como dice el Tratado de la CE *tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*. El Reglamento –que no se corresponde con lo que se entiende por tal en Derecho interno, sino más bien con las normas con rango de ley–, que tiene aplicación directa en los ordenamientos internos de los Estados miembros, sin que a tal fin sea necesario un acto formal de recepción y sin que los Estados puedan formular reservas ni desistir unilateralmente de su aplicación, de tal forma que, una vez que han entrado en vigor, comportan el desplazamiento del Derecho interno, que queda inaplicable, cualquiera

que sea el rango de sus normas, en todo lo que sea contrario a los mismos.

- *La directiva* es una norma que no es de aplicación directa, pero que *obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*
- *La decisión* no es ya propiamente hablando un acto normativo, sino más bien un acto singular de la Comunidad que tiene por objeto situaciones singulares referibles a una o más personas determinadas, aunque en ocasiones una decisión pueda contemplar una pluralidad de personas no determinadas. De acuerdo con el Tratado de la CE la decisión *será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.*
- *Las recomendaciones y los dictámenes* no tienen en ningún caso carácter normativo, el Tratado de la CE dice que *no serán vinculantes.*

En cuanto al *procedimiento de elaboración de las normas comunitarias*, para los reglamentos y directivas se inicia con la propuesta de la Comisión, sobre la que emiten informe el Parlamento y el Comité Económico y Social antes de la definitiva aprobación por el Consejo. En el caso de los reglamentos es necesaria además, para su entrada en vigor, su publicación en el *Diario Oficial de la Comunidad*. En el caso de las directivas y las decisiones, al no dirigirse como los reglamentos a un número indefinido e indefinible de destinatarios, sino a sujetos determinados, se aplica la técnica de la notificación propia de los actos administrativos y en base a ella adquieren eficacia.

TEMA III.- EL REGLAMENTO Y OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

(Actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1. CONCEPTO Y POSICIÓN ORDINAMENTAL DEL REGLAMENTO

Por reglamento se entiende en el Derecho administrativo interno toda norma escrita con rango inferior a la Ley dictada por una Administración Pública.

Que el reglamento es de **rango inferior a la ley** significa dos cosas:

1º No puede derogar a la ley aunque sea posterior a esta y, en cambio, toda norma con rango de ley tiene fuerza derogatoria sobre cualquier reglamento.

2º No existen en el derecho español materias reservadas al reglamento (esto no ocurre en la constitución francesa, donde se reservan al reglamento determinadas materias) y, en cambio, en virtud del principio de supremacía de la ley, existen las denominadas reservas material y formal de ley.

La posición del reglamento con respecto de la ley se expresa en el denominado **principio de supremacía de la ley**, tributario del Estado liberal según el cual la libertad y la propiedad de los ciudadanos sólo podían ser limitadas por la Asamblea legislativa a través de la ley como expresión de la voluntad general, que en la actualidad tiene dos manifestaciones:

- La *reserva material de ley*, que comprende un conjunto de materias y supuestos respecto de los cuales la Constitución exige su regulación por norma con rango de ley (como, entre otros, los derechos fundamentales y las libertades públicas por imperativo del art.53). En ningún caso estas materias pueden ser reguladas por normas reglamentarias, aunque la ley no las regule, y si lo fueran, las normas reglamentarias serían nulas por contradecir los preceptos en que la Constitución establece la reserva.
- La llamada *reserva formal de ley*, que significa que cualquier materia, aunque no este reservada constitucionalmente a la ley, desde el momento en que es objeto de regulación por ley ya no puede ser regulada por reglamento, ha adquirido rango de ley y sólo otra ley posterior puede modificarla.

En cuanto a la **diferenciación del reglamento con los actos administrativos**, en principio, podría decirse que el reglamento es una norma general y abstracta no referida a administrados concretos, como ocurre con los destinatarios de los actos administrativos. Sin embargo, existen actos administrativos generales que van dirigidos a una pluralidad de administrados (la convocatoria de unas oposiciones, por ejemplo) y reglamentos que se dirigen a grupos concretos y singularizables de administrados (un reglamento que regula un sector económico en el que operan pocas empresas, por ejemplo). Por ello, es mejor buscar la diferencia entre el reglamento y el acto administrativo en otros criterios más precisos, como el de la *no consunción del reglamento*: el reglamento es una norma que crea o innova derecho y, en cuanto tal, su vigencia se mantiene en el tiempo en tanto no es derogado o modificado. Por el contrario, el acto administrativo se limita a aplicar el derecho y se extingue en una sola aplicación, no tiene vocación de permanencia.

En cuanto a la **justificación de la potestad reglamentaria**, en la actualidad ya no es preciso acudir a teorías justificadoras, en cuanto es la propia Constitución la atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria (art. 97) y establece los trámites esenciales del procedimiento para la aprobación de las disposiciones administrativas generales (esto es, de los reglamentos) (art. 105).

2.- CLASES DE REGLAMENTOS

Las distinciones que han hecho más fortuna son las que clasifican los reglamentos por su relación con la ley, por las materias que regulan y por su origen, esto es, por la autoridad de que emanan.

A.- Por su relación con la ley, pueden ser:

- *Reglamentos independientes*: son aquellos que regulan materias en las que no se ha producido una regulación por ley que haya establecido una reserva formal y que, al propio tiempo, no estén protegidas por la reserva material de ley. Hay que precisar que la inexistencia de una ley que regule la materia a la que el reglamento independiente se refiere no altera su condición esencial de norma subordinada, por lo que deberá respetar en su regulación todos los preceptos de las normas con rango de ley (que puedan condicionar, aunque sea indirectamente, dicha regulación) así como los principios generales derivados de las mismas.
- *Reglamentos ejecutivos*: son los que de una forma clara y directa desarrollan y complementan una ley, normalmente porque la ley misma ha llamado e impuesto el dictado de un reglamento de estas características. En el procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos es preceptivo (pero no vinculante) el informe del Consejo de Estado, precisamente para controlar la fidelidad de la norma reglamentaria con la ley que desarrolla.
- *Reglamentos de necesidad*: son aquellas normas que dicta la Administración para hacer frente a situaciones extraordinarias, al margen de los procedimientos comunes y de las limitaciones propias de la potestad reglamentaria, quedando en estos casos transitoriamente excepcionado el principio de primacía de la Ley. La Ley de Bases de Régimen Local (de 1985) prevé este tipo de Reglamentos cuando afirma que el alcalde, en los casos de "catástrofes o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos" podrá adoptar las "medidas necesarias y adecuadas". El mismo tipo de medidas procederá en el caso de las situaciones excepcionales previstas en el art.116 CE (estados de alarma, excepción y de sitio), previendo incluso el art.55 de la Constitución la posibilidad de suspender en los supuestos de estados de excepción o de sitio determinados derechos fundamentales (como la libertad de expresión, de reunión o de sindicación).

B.- Por razón de la materia que regulan: se distingue entre:

- *Reglamentos administrativos*, son los que regulan la organización administrativa y asimismo, los que se dictan dentro de una relación de supremacía especial (también llamada relación especial de poder o de sujeción), que es aquella en la que se encuentran las personas vinculadas a la Administración por un título especial, distinto del que conecta a los ciudadanos genéricamente con los poderes públicos (por ejemplo, la relación de la Administración con los funcionarios o con los usuarios de un servicio público como los

estudiantes de la enseñanza pública, los pacientes de un hospital público etc.). En estos casos, se considera que en virtud de este vínculo especial la Administración ostenta sobre esas personas unas potestades especialmente enérgicas, mucho más limitativas de su libertad o propiedad que las que posee sobre el resto de los ciudadanos. En estos dos ámbitos, bien por tratarse del ámbito doméstico de la Administración o bien por las potestades de la Administración derivadas de la existencia de este vínculo especial, posee menor incidencia el principio de reserva material de ley, por lo que se dan con más frecuencia los reglamentos independientes (el TC ha admitido así una flexibilización del principio de reserva de ley para establecer sanciones administrativas cuando se vayan a aplicar en una relación de supremacía especial).

- *Reglamentos jurídicos* son los que inciden en el ámbito de las relaciones de supremacía general, es decir, la establecida entre las administraciones públicas y el conjunto de los ciudadanos. Estos reglamentos se considera que, por afectar en último término a la propiedad y libertad de los ciudadanos sólo se admiten en desarrollo de una ley previa o, lo que es lo mismo, necesitan de una ley habilitante.

C.– Por su origen, esto es, por razón de la Administración que los dicta, pueden ser:

- *Reglamentos estatales*. Dentro de ellos, los de mayor jerarquía son los del Gobierno (al que la CE atribuye expresamente la potestad reglamentaria, art. 97), que se denominan *Reales Decretos*. Ejercen también la potestad reglamentaria los Ministros en las materias propias de su departamento, en cuyo caso la norma reglamentaria reviste la forma de *Orden Ministerial*. Los órganos inferiores dictan también disposiciones y resoluciones, que pueden tener cierta eficacia normativa (aunque actualmente la Ley del Gobierno no las reconoce formalmente como reglamentos), y que revisten la forma de *Resoluciones*, *Instrucciones* o *Circulares* de la autoridad que las dicte.
- *Reglamentos de las Comunidades Autónomas*: análogos a los estatales, reciben las mismas denominaciones: Decretos los del Consejo de Gobierno o Gobierno, Ordenes los de los Consejeros etc. En algún caso, la potestad reglamentaria se asigna también al legislativo autonómico (Asturias).
- *Reglamentos de los Entes locales*. Hay que distinguir (LBRL), entre el *Reglamento orgánico* de cada entidad local, por el que se autoorganiza, de las *Ordenanzas locales*, que son normas de eficacia externa de la competencia del Pleno de la Entidad, y los *Bandos*, que el Alcalde puede dictar en materias de su competencia (pueden tener carácter normativo en estas materias, aunque por lo general se limitan a recordar a los vecinos las disposiciones de las Ordenanzas).
- *Reglamentos de los Entes institucionales* (Organismos autónomos estatales, autonómicos y locales), subordinados a los reglamentos de los Entes territoriales de los que son instrumento, y *Reglamentos de los Entes Corporativos* (Colegios profesionales y Cámaras oficiales, como las de Comercio, Industria y Navegación).

3.– LIMITES Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE LOS REGLAMENTOS

Los límites o condiciones para la validez de los reglamentos son los siguientes:

- La **competencia**. Es necesario que el Órgano que lo dicta sea competente para ello, para lo cual es preciso que no se haya vulnerado la reserva material y formal de ley.
- El principio de **jerarquía normativa**. Los reglamentos se ordenan jerárquicamente según la posición en la organización administrativa del órgano que los dicta, y en ningún caso el reglamento dictado por el órgano inferior puede contradecir al dictado por el superior.
- El principio de **interdicción de la arbitrariedad**, que establece el art. 9 CE. Para no vulnerar este principio, los reglamentos deben resultar adecuados a los hechos o realidad que tratan de regular.
- El respeto de los **principios generales del Derecho**, pues la potestad reglamentaria de la Administración está limitada, como todos sus poderes discrecionales, por el respeto tanto de la Ley como del Derecho (art. 103), y este comprende, como veremos, estos principios.
- El respeto de la **regla de la irretroactividad** cuando se trata de reglamentos de carácter sancionador no favorables o limitativos de derechos individuales, por imperativo del art. 9 de la Constitución. Cuando los reglamentos no tienen este carácter, puede admitirse que tengan carácter retroactivo cuando así lo disponga,

de conformidad con lo establecido en el art. 2.3 del Código Civil.

- La necesidad de seguir un **procedimiento** para su aprobación, al que se refiere el art. 105 CE y que en la actualidad, para la Administración del Estado, regula la Ley del Gobierno (art.24). Sus trámites más importantes son:
 - El procedimiento debe iniciarse mediante la *elaboración del correspondiente proyecto* por el órgano directivo competente, al que se acompañará un informe sobre su necesidad y oportunidad y una memoria económica que contenga una estimación del coste a que dará lugar.
 - A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse *los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivas*, así como cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto, que irán conformando un expediente. En cuanto a los informes preceptivos, debe recabarse siempre el de la Secretaría General Técnica del Ministerio correspondiente y además, cuando la norma pueda afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA es necesario el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas. Cuando se trate de un Reglamento ejecutivo es preceptivo, como se ha dicho, el informe del C. de Estado.
 - Una vez elaborado el texto de una disposición, cuando afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos se les dará *audiencia*, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. Sólo podrá omitirse este trámite cuando graves razones de interés público, que deberán explicitarse, así lo exijan.

En la regulación del procedimiento para la aprobación de los *reglamentos y ordenanzas locales*, la Ley (LBRL) pone el acento en la participación popular, con una aprobación inicial y otra definitiva por el Pleno de la Corporación:

- Tras la aprobación inicial, el proyecto de reglamento u ordenanza se somete a información pública y audiencia de los interesados por plazo mínimo de 30 días, durante los cuales pueden presentarse reclamaciones o sugerencias.
- Antes de su aprobación definitiva, el Pleno de la Corporación ha de resolver sobre las estas reclamaciones y sugerencias, incorporándolas o no al texto de la norma.

Los efectos que produce la infracción de los trámites para la aprobación de los reglamentos varían en las distintas Administraciones: para los reglamentos estatales y autonómicos la jurisprudencia sólo considera como vicio determinante de la nulidad la omisión del informe de la Secretaría General Técnica u órgano equivalente, y en algunos casos la omisión del trámite de audiencia cuando no esté debidamente justificada su omisión. En la aprobación de los reglamentos locales, y por ser absolutamente reglados todos sus trámites, la omisión de cualquiera de ellos, y en todo caso el de información pública, provoca la nulidad de la norma.

4. – EFICACIA DE LOS REGLAMENTOS. LA INDEROGABILIDAD

SINGULAR

La eficacia de los reglamentos, supuesta su validez por haberse observado los límites sustanciales y seguido correctamente el procedimiento de elaboración, se condiciona a su publicación. La Ley del Gobierno establece en este sentido que *La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado* (art.24). El Código Civil precisa que la entrada en vigor tendrá lugar a los 20 días de la publicación, salvo que expresamente la norma determine otro plazo inferior o superior. La publicación de los reglamentos autonómicos se produce en el correspondiente *Boletín* o *Diario* de la Comunidad, y la de las ordenanzas locales en el *Boletín Oficial de la Provincia*.

La eficacia de los reglamentos es, en principio, de duración ilimitada, y se impone a los administrados, los

funcionarios y los jueces, salvo que sea ilegal. El reglamento goza, como los actos administrativos, de presunción de validez y del privilegio de ejecutoriedad, (la Administración puede imponer su cumplimiento), aunque con frecuencia sea preciso un acto administrativo previo que concrete sus disposiciones. Entre los medios para garantizar la observancia de los reglamentos, destacan en nuestro Derecho las sanciones administrativas (previstas en el art. 25 CE), pues la garantía penal de la observancia de los reglamentos no tiene en nuestro Derecho el alcance general con que está prevista en otros ordenamientos como el francés.

El reglamento puede ser derogado por la misma autoridad que lo dictó, que también puede, obviamente, modificarlo parcialmente. Lo que no puede hacer la autoridad que lo dictó y ni siquiera otra superior es derogar el reglamento para un caso concreto, esto es, establecer excepciones para una persona determinada. Como dice la Ley 30/92, *las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas*. Esto es lo que se conoce como regla de la **inderogabilidad singular de los reglamentos**. Esta prohibición de dispensas singulares injustificadas se fundamenta en el principio constitucional de igualdad que consagra la CE (art. 14) y que vincula a todos los poderes públicos.

5. – CONTROL DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES Y EFECTOS DE SU ANULACIÓN

La vulneración de los límites sustanciales y formales a que está sujeta la aprobación de los reglamentos origina su invalidez, y esta invalidez la reputa nuestro ordenamiento jurídico siempre en su grado máximo, como nulidad de pleno derecho, dada la especial gravedad que supone la existencia de normas inválidas, que pueden dar lugar en su aplicación a una infinita serie de actos igualmente irregulares. Así, de acuerdo con la Ley 30/92, son nulas de pleno derecho *las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes y otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*" (art.62.2). Vamos a ver cuales son las técnicas posibles para declarar esta nulidad:

- Acusando a su autor o autores ante la **jurisdicción penal** del delito previsto en el art. 506 del Código Penal, en virtud del cual se castiga a *la autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución*. La condena penal del autor o autores del reglamento ilegal implicaría el reconocimiento de que su aprobación ha sido constitutiva de delito por falta de competencia y la consiguiente nulidad de pleno derecho de la norma dictada (art. 62.2 de la Ley 30/92).
- Planteando la ilegalidad ante cualquier jurisdicción (contencioso– administrativa, civil, penal o laboral) por **vía de excepción** en el curso de un proceso, para pedir su inaplicación al caso concreto que el Tribunal está enjuiciando. Esta posibilidad se apoya en el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que *Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa*, pues tal aplicación supondría vulnerar la norma de carácter superior. También los funcionarios deben inaplicar los reglamentos ilegales, aunque si ello supone desobedecer órdenes superiores puede exponerles a sanciones disciplinarias por vulneración del principio de jerarquía.
- La denominada **acción de nulidad o revisión de oficio** del reglamento en vía administrativa, que permite a la propia Administración declarar la nulidad tanto de los actos como de los reglamentos nulos de pleno derecho. Respecto a los reglamentos, la Ley 30/92 prevé que *en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el art. 62.2* (que ya hemos visto).
- La impugnación del reglamento ilegal ante la Jurisdicción contencioso– administrativa a través del **recurso directo**, que es aquel que ataca frontalmente el reglamento solicitando su anulación. Este recurso se interpone directamente ante los tribunales (no cabe en este caso la vía administrativa previa), en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada.
- Impugnando el reglamento inválido a través del **recurso indirecto**, que permite al interesado atacar un acto administrativo de aplicación del reglamento ilegal, fundando dicha impugnación, precisamente, en la

ilegalidad del reglamento en que se apoya el acto recurrido. La viabilidad de este recurso exige por tanto, que se produzca un acto de aplicación del reglamento ilegal o bien provocarlo mediante la oportuna petición. Este recurso, a diferencia del anterior, no está sujeto a plazo, en el sentido de que cualquiera que sea el plazo que el reglamento ha estado vigente, siempre podrá ser atacado a partir de la notificación de cualquier acto de aplicación, en los plazos ordinarios para recurrir contra éste. Los efectos del recurso indirecto, según tenía establecido una reiterada jurisprudencia, no eran tan completos como los del directo, en cuanto sólo quedaba anulado el acto, pero no el reglamento ilegal, por lo cual éste podía seguir produciendo efectos contrarios a la legalidad. Ello se debía a que el juez que conocía del recurso indirecto podía no ser competente para anular el reglamento. Ahora, la Ley de la Jurisdicción ha corregido esta disfunción, introduciendo la llamada **cuestión de ilegalidad**, en virtud de la cual *cuando un juez o tribunal de lo contencioso– administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición* (si el mismo juez o tribunal fuere competente para ello, *declarará la validez o nulidad de la disposición general*) (art.27). La sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad *no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla* (art.126).

- **La anulación de los reglamentos ante el Tribunal Constitucional.** Es posible la impugnación de los reglamentos del Estado por las Comunidades Autónomas o viceversa, o la impugnación por una Comunidad Autónoma de los reglamentos de otra, cuando impliquen un conflicto de competencias. También es posible recurrir un reglamento ante el TC en cuanto pueda violar los derechos constitucionales susceptibles de amparo constitucional. El TC sólo puede controlar en estos casos los vicios de inconstitucionalidad del reglamento que dan lugar al recurso, no las cuestiones de legalidad ordinaria, que corresponden a los Tribunales Contencioso– Administrativos.

6.– LA COSTUMBRE Y LOS PRECEDENTES O PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS

El art. 1º del Código Civil reconoce con carácter general a la costumbre como fuente del Derecho, citándola después de la ley y antes de los principios generales del derecho, siempre que no sea *contra legem*, esto es, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Su valor de fuente en el Derecho administrativo es, sin embargo, limitado, lo que se explica porque esta fuente jurídica se caracteriza por dos elementos de carácter social o popular –un uso reiterado y uniforme y la convicción de su obligatoriedad jurídica–, que difícilmente tienen cabida en un ordenamiento como el administrativo, integrado en su mayor parte por normas de origen burocrático y producto de una actividad reflexiva. Hay algunas ocasiones –aunque limitadas y poco significativas–, en las que la propia legislación administrativa invoca la costumbre para regular determinadas materias como son, por ejemplo, el régimen municipal del Concejo abierto, cuyo órgano fundamental, la Asamblea vecinal, se rige en su funcionamiento, de acuerdo con la Ley de Bases de Régimen Local, por los *usos, costumbres y tradiciones locales*; y el régimen de aprovechamiento y disfrute de los bienes locales, que se ajustará, de acuerdo con el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, a *las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas*.

Vinculada directamente a la problemática consuetudinaria del Derecho administrativo está la cuestión del valor de las **prácticas y precedentes administrativos**. Se trata en ambos casos de reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin la intervención del administrado, cuya conducta es aquí irrelevante, y en ello se distinguen de la costumbre. La diferencia entre ambas instituciones radica en que la práctica supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en varios casos anteriores, mientras que el precedente puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución. La Ley 30/92 reconoce un cierto grado de obligatoriedad al precedente cuando obliga a la Administración a motivar aquellas resoluciones *que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes* (art. 54.1.c)). La necesidad de motivación supone que la Administración ha de exponer las razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de conducta pues, de lo contrario, estará vinculada a su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de igualdad de los administrados, y aquí radica el fundamento último de que los precedentes y las

prácticas revistan un cierto grado vinculante para la Administración.

7.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La admisión de los principios generales como fuente del Derecho está fuera de duda porque a ellos se refiere el Código Civil en el artículo 1.4: "*los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley la costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*".

En nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra o Francia, esos principios generales no han sido formulados por la jurisprudencia, sino que ha sido el legislador quien ha ido positivizándolos.

En el Derecho inglés, los Tribunales han consolidado la utilización de los principios generales en el campo de la aplicación del Derecho escrito como un medio de interpretarlo y suplir sus lagunas. Estos principios correctores del positivismo integran el *ultra vires*, el cual reviste, a su vez, dos modalidades: una sustancial (*substantive ultra vires*), que hace referencia a los límites materiales del poder en principios generales que se concretan en la imposibilidad de ejercerlo de forma arbitraria o irrazonable y en la prohibición de actuar de mala fe; y otra procesal, la *natural justice*, que comprende dos reglas capitales del procedimiento, que son que nadie puede ser Juez sobre un asunto en el que tiene interés, y que nadie puede ser condenado sin ser oído.

En el Derecho francés, las leyes administrativas no sufrieron en el siglo XIX un proceso de codificación como del Derecho privado o el Derecho penal, y establecían sus disposiciones a la vista de casos concretos, lo que llevó al Consejo de Estado francés a ir más allá de la letra de la ley y, para no dejar litigios sin solución, crear una serie de principios o reglas generales, que ha extraído de diversas fuentes: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Código Civil o las leyes de procedimiento, de la moral o del análisis de la naturaleza de las cosas, de la lógica de las instituciones.

Nuestro Derecho administrativo poco o nada debe en su creación y desarrollo a la labor del Consejo de Estado o de los Tribunales contencioso-administrativos, pero lo que no hizo la jurisprudencia lo ha hecho el legislador, animado por una doctrina científica muy pendiente del Derecho comparado. Las leyes, desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, y ahora la Constitución de 1978, han terminado por incorporar a nuestro Derecho todas las reglas que consagran derechos y libertades fundamentales o principios generales del Derecho en otros ordenamientos:

- La regla anglosajona del *ultra vires* pueden entenderse recogida en la regla de la adecuación de las potestades administrativas a los fines públicos para los que han sido atribuidas, cuya inobservancia se sanciona con el vicio de desviación de poder (Ley 30/92, Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa).
- Las dos reglas de la *natural justice* están recogidas en la regulación general de la audiencia al interesado y en la previsión de las causas de abstención y recusación (Ley 30/92), así como en la Constitución (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, prohibición de toda situación de indefensión e imposición de la objetividad como regla de la actuación administrativa).
- En la Constitución se reconocen asimismo importantes reglas que configuran principios generales del Derecho en otros ordenamientos jurídicos: la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas (Título I) y principios típicamente administrativos, como son: el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (art.9), de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a las funciones y empleos públicos (arts. 14, 23 y 103), de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 106.2), o de regularidad y continuidad del funcionamiento de los servicios públicos (puede deducirse en la alusión del art. 28.2 al mantenimiento de los servicios esenciales como un límite al ejercicio del derecho de huelga).

8.- LA JURISPRUDENCIA

Tanto en Francia como en España, la jurisprudencia ha adquirido un valor muy superior al originariamente previsto tras la Revolución francesa, cuando se pretendió acabar con la prepotencia que los Tribunales ostentaron en el Antiguo Régimen, negando a sus sentencias el valor de fuentes del Derecho.

Nuestro Código Civil no incluía a la jurisprudencia en la enumeración de las fuentes en su redacción originaria, siguiendo la tradición francesa que negaba a las sentencias judiciales el valor de fuentes del Derecho, pero tras la reforma de 1972–1974 se la menciona para, aun sin reconocerle directamente el valor de fuente del Derecho, decir al menos de ella que *complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho* (art. 1.6).

La realidad es que la jurisprudencia posee hoy en la vida del Derecho una eficacia condicionante de la actividad de los sujetos igual –o incluso mayor– que las normas que aplica, y ello por varias razones:

- por la importancia que tiene en el mundo forense disponer en el seno de un litigio de una sentencia aplicable al caso.
- La doctrina jurisprudencia así invocada ante los Tribunales termina, conscientemente o no, creando Derecho, porque, como dice el profesor Santamaría, la doctrina jurisprudencial se adhiere a las normas ampliando o limitando su sentido, concretándolo o modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto sino lo que los tribunales dicen que dice.
- Los jueces y tribunales se ven impulsados a seguir los criterios interpretativos sentados por los órganos judiciales superiores por razón de coherencia o para evitar la revocación de sus fallos.
- La observancia del precedente judicial es además, de alguna forma, una conducta jurídicamente exigible en virtud del principio constitucional de igualdad, que prohíbe, como ha reiterado el TC, que dos o más supuestos de hecho sustancialmente iguales puedan ser resueltos por otras tantas sentencias de forma injustificadamente dispar.

Hay que señalar que en la actualidad no puede reducirse la concepción de la jurisprudencia a las Sentencias del Tribunal Supremo, pues existen otras fuentes de la misma en nuestro ordenamiento, como son:

- La justicia constitucional introducida por la Constitución de 1978, que se sitúa por encima del propio TS. La Ley Orgánica del Poder Judicial recuerda en este sentido que los jueces y tribunales han de interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos *según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*.
- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vincula en su función interpretativa del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (suscrito en Roma en 1950 y ratificado por España en 1979), en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 de la Constitución, que establece 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 suscritos por España*.
- Las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que resultan vinculantes como fruto de nuestra integración europea en cuanto interpretan y aplican normas comunitarias que se integran en nuestro sistema de fuentes.

TEMA IV. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1.– ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y DERECHO

La Administración, subjetivamente considerada, es una gran organización o, si se quiere, un conjunto o galaxia de organizaciones estructuradas en distintos niveles.

El nivel básico de Administración lo constituyen los municipios (más de 8.000), cuyos ámbitos competenciales suponen la primera división administrativa territorial. Sobre ellos están las provincias (cincuenta como división administrativa del Estado y cuarenta y tres como Entes Locales). La constitución de 1978 ha creado otros nuevos Entes territoriales: las Comunidades Autónomas, que extienden su competencia al territorio de varias Provincias (excepto en el caso de las uniprovinciales). Por encima de estos Entes territoriales está la Administración del Estado, que extiende su competencia a todo el territorio.

Cada una de estas organizaciones, que son Entes públicos territoriales, crean, con arreglo al Derecho público o privado, otras organizaciones especializadas dotadas de personalidad jurídica, de carácter instrumental en cuanto sirven para atender a la realización de necesidades o servicios específicos de los Entes territoriales.

Los Entes corporativos (como son los Colegios profesionales o las Cámaras Oficiales), son el eslabón de cierre de este sistema. Se trata de organizaciones de base asociativa, que cumplen a la vez fines privados de sus miembros y fines públicos, rigiéndose asimismo por un régimen jurídico mixto de Derecho público y Derecho privado.

Al derecho administrativo de la organización lo que le interesa básicamente es la reflexión sobre las normas que regulan la creación de órganos o personas jurídicas públicas, su modificación y extinción, la distribución de competencias y funciones, los principios y técnicas para solventar los conflictos o para asegurar la supremacía, la jerarquía o la coordinación de unas organizaciones sobre otras.

El estudio de este material normativo encuentra un primer problema: ¿son propiamente o no normas jurídicas? Contra la tesis negadora de su carácter jurídico se han propuesto razones suficientes (Santi Romano) tales como:

- Estas reglas de organización, al igual que las que regulan relaciones intersubjetivas, producen indudables efectos jurídicos, en cuanto son un presupuesto de la existencia misma de las personas jurídicas y además, a través de ellas se forma y exterioriza la voluntad o voluntades que engendran las relaciones intersubjetivas.
- La infracción de estas normas supone la invalidez de los actos administrativos, tal y como la infracción de otras normas que regulen las relaciones intersubjetivas, por vicios como el de incompetencia o el de infracción de las reglas de funcionamiento de los órganos colegiados. De hecho, este incumplimiento de las normas de organización es normalmente invocado en el proceso contencioso-administrativo.
- Las normas de organización deben dictarse siguiendo los mismos requisitos formales que las restantes normas jurídicas.

Por todo ello, las normas de organización deben ser consideradas como materia propia del Derecho. Estas normas son muy importantes en el Derecho administrativo, aunque existen también en otras ramas jurídicas (Derecho mercantil, civil, canónico), manteniendo todas ellas unos rasgos comunes en cuanto responden a una problemática, en cierto modo común, de las organizaciones públicas y privadas.

2.- LA POTESTAD ORGANIZATORIA. LÍMITES Y PRINCIPIOS GENERALES

A.- Concepto: Por potestad organizatoria se entiende el conjunto de potestades públicas que configuran la estructura de la Administración. Más en concreto, se alude con este concepto a las diferentes manifestaciones de la potestad normativa (constitucional, legislativa, reglamentaria), en cuanto tienen como objeto la organización de las Administraciones públicas.

B.- La distribución de la potestad organizatoria.

La atribución de la potestad organizatoria en nuestro Derecho positivo ha seguido una pauta de división en la que el protagonismo ha correspondido al Parlamento en cuanto a la creación, modificación o extinción de entes públicos (= Administraciones) y a la Administración en cuanto a idénticas operaciones respecto de los órganos que integran aquéllos.

1.- Así, la *creación, modificación y extinción de entes públicos* se encuentra afectada por una amplia reserva de ley en la Constitución: las Comunidades Autónomas y las Provincias han de ser necesariamente creadas por ley (Estatuto y ley orgánica, respectivamente). No existe tal reserva, en cambio, en cuanto a la creación, modificación y extinción de los Municipios, que tradicionalmente ha sido encomendada al Gobierno y en la actualidad la Ley de Bases de Régimen Local remite su regulación a la legislación de las CCAA, que entregan por lo general su decisión a su Gobierno respectivo.

En cuanto a los entes públicos instrumentales, existe reserva de ley para la creación de organismos autónomos (art.61 LOFAGE, Ley de 14 de abril de 1997), pero corresponde en cambio al Gobierno la creación de sociedades mercantiles estatales (art.6 LGP).

2.- La *creación, modificación y extinción de órganos* es una potestad dividida entre la Ley y el Reglamento, con predominio del segundo.

a.- Por lo que se refiere a los órganos de la Administración estatal, la Constitución exige una ley sólo para la regulación de dos órganos singulares: el Gobierno (art.97) y el Consejo de Estado (art.107). Respecto a los demás, la Constitución se limita a decir que "son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley" (art.103.2). La estructura organizativa básica debe hallarse regulada, pues, por ley, la cual es soberana, sin embargo, para establecer su configuración básica y remitir a la Administración el ejercicio concreto la potestad organizatoria, tal y como lo hace actualmente la LOFAGE, en virtud de la cual:

- La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno (art.8.2).
- Las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales y órganos similares a los anteriores, se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministerio de las Administraciones Públicas (art.10.1).
- Los órganos de nivel inferior a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por orden del Ministerio respectivo, previa aprobación del Ministerio de las Administraciones Públicas (art.10.2).

b.- En cuanto a los órganos de la Administración de las CCAA, gozan de una regulación variada, contenida en las Leyes sobre Gobierno y Administración dictadas en desarrollo de su respectivo Estatuto. Dada esa variedad, la distribución de la potestad organizatoria sigue pautas diversas: por regla general, la ley se reserva la creación, extinción y reforma sustancial de las Consejerías o Departamentos, confiando al Gobierno el desarrollo de la estructura orgánica de éstas. En algún supuesto singular, sin embargo, la totalidad de la potestad organizatoria se atribuye al Gobierno (Ej., comunidad valenciana).

c.- Los órganos de las entidades locales se encuentran regulados, en sus aspectos fundamentales, por la LBRL. El desarrollo de dichas normas se encomienda a cada Corporación mediante un Reglamento orgánico.

C.- Principios generales que rigen la potestad organizatoria. Están establecidos en el art.103.1 de la Constitución, que dispone que "*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*".

El art.3 de la Ley 30/92 reitera en su párrafo 11 esos principios y añade tres más:

- El principio de cooperación: "*Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos*" (párrafo 2).
- la distinción entre gobierno y administración: "*Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico*" (párrafo 3). No puede, sin embargo, sostenerse una separación estricta entre Gobierno y Administración (sobre todo si con ello se pretende eximir de responsabilidad a la clase política por el funcionamiento de las administraciones públicas), pues aunque ciertamente la CE atribuye al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar (art.97), no es menos cierto que también le atribuye la función ejecutiva, lo que implica que el Gobierno ocupa y gestiona efectivamente la Administración, responsabilizándose de ella jurídicamente (civil y penalmente), y no sólo políticamente.
- principio de personalidad jurídica: "*Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única*" (párrafo 4). De esta forma, cada Administración territorial es responsable de la totalidad de las organizaciones personificadas creadas por ella. La unidad de personalidad jurídica permitiría, también, calificar de falsos los conflictos planteados entre los Entes instrumentales y el Ente territorial matriz o entre aquéllos, y rechazarlos por falta de legitimación procesal. SANTAMARÍA señala las ventajas de la atribución de personalidad jurídica al Estado y en general a los Entes públicos:

- La posibilidad de construcción del derecho Público como conjunto de relaciones jurídicas entre organizaciones y entre éstas y los ciudadanos;
- la reducción a la unidad de la multiplicidad de órganos públicos (centralizando en un único patrimonio y un solo Ente las acciones jurídica de los ciudadanos)
- los beneficios de esta concepción como técnica organizativa, en cuanto permite la diversificación de los centros de decisión y de responsabilidad.

3.- LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

A) Teoría del órgano.

Toda Administración pública o ente público es un complejo de elementos personales y materiales ordenados en una serie de unidades (Ministerios, Consejerías, Direcciones generales, Servicios, Secciones etc.), en virtud del principio de división del trabajo, a las que se asigna una parte del total de las competencias que corresponden a la organización en su conjunto.

En la actualidad, se designa como órgano u oficio a cada una de estas unidades funcionales abstractas que componen los entes públicos, con todos sus componentes internos y como titular del órgano a la o las personas físicas o funcionarios responsables del mismo. La Ley 30/92 contrapone el órgano a las unidades administrativas: el órgano integra una o varias unidades administrativas. El órgano sería una estructura administrativa con atribución de competencia y con posibilidad de dictar resoluciones y actos administrativos. La LOFAGE, por su parte, configura el órgano, junto a la unidad administrativa y el puesto de trabajo, como los tres elementos sobre los que se estructura la Administración General del Estado. Esta Ley determina los órganos administrativos por dos vías: desde el punto de vista formal, son órganos aquellos calificados como tales por la Ley; y desde un punto de vista material, tendrán esta consideración las unidades administrativas bien porque sus funciones tengan efectos jurídicos frente a terceros o bien porque su actuación tenga carácter preceptivo.

Este significado actual del órgano, que es el que recogen las leyes (y el que utiliza Parada en su obra), no coincide, sin embargo, con el concepto dogmático de la llamada *teoría del órgano*, que se formuló históricamente para explicar el fenómeno de la imputación al ente público de la actividad y la voluntad de las

personas físicas que le sirven, a fin de que respondiera por las posibles consecuencias dañosas para los ciudadanos de sus actos. Según la teoría organicista, formulada por Gierke, los servidores del Estado no deben reputarse personas ajenas al mismo o representantes, sino que son parte integrantes –órganos– de la misma, que actúan directamente por él, y por tanto lo que hagan es directamente imputable al Estado.

B) Límites de la imputación

La teoría organicista debe ser matizada en un doble sentido:

- No todos los actos de los funcionarios se imputan a la Administración a la que sirven;
- La Administración puede resultar vinculada por personas que no están investidas, ni formal ni legítimamente, de la condición de funcionarios.

Con respecto al primer punto, en Francia el Consejo de Estado ha formulado el concepto de *falta personal*. Estas faltas son aquellas en las que el error o negligencia del funcionario sobrepasan el funcionamiento mediocre del servicio, y de ellas no responde la Administración, sólo el funcionario. Los demás supuestos se consideran *faltas de servicio* realizadas en interés de la Administración, que respondería por ello ante terceros de la actuación legítima del funcionario indemnizando los daños producidos (ello no es así en nuestro Derecho, donde las leyes establecen que la Administración responde en todo caso de los daños producidos por sus funcionarios, pudiendo ésta pedir luego responsabilidad a los funcionarios cuando hayan incurrido en culpa o negligencia graves).

En cuanto al segundo punto, se plantea en relación con los supuestos de anticipación o prolongación de funciones públicas, en los casos de anulación del nombramiento de un funcionario, o en los de asunción de funciones públicas de forma espontánea por ciudadanos sin condición de funcionarios en casos de vacío de poder o situaciones de urgencia. En estos casos a los actos de este funcionario *di fatto* (como lo denomina la doctrina italiana) se les suele dar validez por razones de seguridad jurídica, a fin de dejar a salvo los derechos e intereses de terceros de buena fe que se fiaron de la apariencia funcional.

C) Clases de órganos

- En función de su origen normativo: *constitucionales o no constitucionales*, según estén previstos o no en la Constitución.
- Según número de titulares que los componen: *individuales y colegiados* (ej. de estos últimos: Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno, Consejo de Estado, Diputaciones Provinciales).
- Según que agrupen en su seno varios órganos: *Órganos simples y complejos* (no confundir con la anterior clasificación). Los órganos complejos están formados por la agrupación de órganos simples (individuales o colegiados). Ej: Un Ministerio, que agrupa órganos individuales (como las direcciones generales junto con órganos colegiados, como comisiones o consejos de carácter consultivo.
- Otras clasificaciones son:
- *Externos o internos* (si tienen o no la posibilidad de originar relaciones intersubjetivas en nombre de la persona jurídica de la que forman parte.
- *Representativos o no representativos*, según que sus titulares tengan o no a través de la elección carácter democrático.
- *Centrales o locales*, según que su competencia se extienda a todo o parte del territorio nacional.
- *Con competencia general o con competencia específica*, según que las funciones que tengan atribuidas sean de uno u otro tipo.
- *Activos, consultivos y de control*, según desempeñen funciones de gestión, de simple información o consulta o de vigilancia de otros órganos.

D) Creación de los órganos administrativos

Según Ley 30/92 le corresponde a cada Administración territorial la creación de órganos y unidades administrativas *en su propio ámbito competencial* (art. 11).

Las reglas que condicionan la creación de órganos y unidades administrativas están establecidas en el art. 11 de esta Ley:

- Se prohíbe la duplicidad de órganos si no se restringe o suprime debidamente la competencia de éstos".
- Se condiciona la creación de cualquier órgano administrativo al cumplimiento de los siguientes requisitos:
- determinación de su forma de integración en la Administración pública de la que se trata y su dependencia jerárquica;
- delimitación de sus funciones y competencias y,
- dotación de créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

4.- LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

• Regulación y clases de órganos colegiados

La LOFAGE define a los órganos colegiados como *aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se les atribuyen funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus Organismos públicos.* (art. 38.1).

La regulación de los órganos colegiados está contenida en los artículos 22 a 28 de la Ley 30/92, pero no es aplicable a los órganos colegiados máximos o directivos de cada Administración (Gobierno de la Nación, por ejemplo), por disponerlo así la disposición adicional primera de la Ley, aunque como señala Parada, para huir de un inaceptable vacío normativo, habrá que aplicarles dicha regulación en defecto de normas especiales.

NOTA: La STC 50/1999, de 6 de abril, ha declarado que diversos preceptos de la Ley 30/92 referidos al régimen de los órganos colegiados (en concreto, al Presidente, los miembros, el Secretario y las Actas), no tienen carácter básico, por lo que resultan contrarios al orden constitucional de competencias y se declara su nulidad. Al no haberse modificado sin embargo esta parte del manual en la última edición de septiembre de 2000, se mantiene el resumen del texto, por suponer que la cátedra da como válidas las respuestas que se acomoden al manual en su última edición.

La regulación vigente impone una clasificación y un triple régimen jurídico de los órganos colegiados:

- *Órganos colegiados comunes*, integrados por autoridades o funcionarios de una misma Administración territorial. En este caso el órgano se inserta en la estructura jerárquica de esta organización. El presidente tiene voto de calidad.
- *Órganos colegiados compuestos por representantes de distintas Administraciones*. En este caso el órgano colegiado se inserta en la organización de la Administración territorialmente dominante, por razón de la competencia, del número de miembros en el órgano colegiado o criterios semejantes. Los casos dudosos se deciden en favor de la Administración territorialmente superior. El presidente no tiene voto de calidad.
- *Órganos colegiados en los que participan, además de representantes de una o varias Administraciones, organizaciones representativas de intereses sociales* (ej.: sindicato). Este órgano aunque inserto en la Administración territorial preponderante, queda fuera de la línea jerárquica (salvo disposiciones contrarias). Se permite la abstención de los miembros no funcionarios y se desposee al Presidente de su voto dirimente.

En el ámbito de la Administración General del Estado la LOFAGE clasifica los órganos en ministeriales y en interministeriales: se prevee en ambos la posibilidad de la presencia de representantes de otras

Administraciones Públicas, o de organizaciones representativas de intereses sociales, así como de miembros designados por sus conocimientos en el ámbito de las funciones asignadas a estos órganos. (art. 39).

Además de esta primera clasificación, la LOFAGE diferencia implícitamente los órganos en función de las competencias que se les atribuyen:

- En primer lugar, estarían los que Parada designa como órganos *Propios*, caracterizados, por un lado por requerir para su creación una norma específica publicada en el BOE y, por otro, por la atribución de competencias decisorias o competencias de propuesta o emisión de informes preceptivos que deban servir de base a decisiones de otros órganos administrativos, o competencias de seguimiento y control de las actuaciones de otros órganos de la Administración General del Estado.
- Órganos *Impropios* serían aquellos a los que la Ley asigna el carácter de *grupos o comisiones de trabajo*, que pueden ser creados por Acuerdo del Consejo de Ministros o por los Ministerios interesados, y cuyos acuerdos no podrán tener transcendencia jurídica frente a terceros.

B) El Presidente

Es la figura central de los órganos colegiados, un *primus inter pares*, un miembro que, aunque en principio igual que los restantes, se potencia para hacer posible el funcionamiento del colegio.

La nueva Ley, siguiendo a la anterior, no dice cómo se nombra el Presidente, por lo que las normas del órgano de que se trate son las que han de precisar si es por elección, por designación, en función de la categoría funcionarial, de la antigüedad etc. En casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, será sustituido por el Vicepresidente que corresponda y, en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes. Las excepciones son: en los órganos colegiados con participación de organizaciones representativas de intereses sociales y aquellos compuestos por representaciones de distintas administraciones públicas, casos en el que el régimen de sustitución del Presidente debe estar específicamente regulado o ser establecido expresamente por acuerdo del Pleno del órgano colegiado.

La Ley enumera descriptivamente las tareas del Presidente y deja esta enumeración abierta, ya que puede ejercer cuantas funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano. Entre las tareas que enumera la Ley, unas son claramente formales (como p.ej., ostentar la representación del órgano o visar las actas), mientras otras implican una potestad más sustancial de dominio sobre los otros miembros del órgano colegiado (decidir fecha y hora de celebración de las sesiones y fijar el orden del día), y tiene también otros poderes procedimentales de importancia (como moderar los debates y suspenderlos por causas justificadas), que le convierten en el *dominus* del procedimiento.

El presidente ostenta voto de calidad para dirimir los empates. La excepción ocurre en los órganos colegiados con representación de intereses sociales o de distintas administraciones públicas en las que el voto sólo será dirimente si está así establecido en sus propias normas.

Mención especial merece la potestad de *asegurar el cumplimiento de las leyes* que transfiere al Presidente una especial responsabilidad que justificará en su caso el poder de suspender los debates que también le reconoce la Ley. A esta potestad sólo debe recurrir cuando en la deliberación se viertan expresiones ofensivas a terceros o contra las instituciones o se proponga tomar acuerdos que juzgue antijurídicos (porque sobrepasan la competencia del órgano o atentan a derechos de terceros). El Presidente no parece, sin embargo, que esté obligado, fuera de los casos de expresa previsión legal, a decretar la suspensión de sus efectos o a su impugnación judicial.

C) Los miembros de los órganos colegiados.

La función propia de los miembros del órgano colegiado es deliberar y votar las propuestas de acuerdo. No lo es la de representar al órgano colegiado, salvo que expresamente se le haya otorgado (por una norma o por acuerdo válidamente adoptado por el propio órgano para cada caso concreto). Este derecho-deber de los miembros es personal e intransferible, pero la Ley regula las suplencias con gran permisividad admitiendo que sean sustituidos por sus suplentes por alguna causa justificada.

Al servicio de este derecho-deber están los derechos a recibir, con antelación mínima a 48 horas, el orden del día de las reuniones, y la información sobre los temas que figuren en el orden del día.

Los miembros de los órganos colegiados tienen asimismo el derecho a participar en los debates bajo la moderación del Presidente y el más fundamental de votar sobre las cuestiones de decisión externa (excluidas las cuestiones procedimentales, a cargo del Presidente), tanto a favor, como en contra de las propuestas, pudiendo abstenerse de votar únicamente los miembros no funcionarios.

Por último, los miembros están facultados para formular ruegos y preguntas, que se ejercita normalmente en la fase terminal de las sesiones, sin mezclarse en la discusión de los temas concretos del orden del día (que deben ser planteados y contestados en la discusión propia de éstos). Es un trámite conclusivo que, aunque dirigido a plantear cuestiones menores, puede incluso permitir la deliberación y el acuerdo sobre asuntos no incluidos en el orden del día si se cumple un doble requisito: que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y se declare la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

D) El Secretario

El Secretario, que es una figura establecida por la Ley, puede ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente. Si no forma parte del órgano colegiado no le corresponden los derechos propios de sus miembros y, por tanto, ni interviene ni vota.

La designación y el cese, así como la sustitución temporal, se realizará en función de lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su defecto, por acuerdo del mismo.

El Secretario tiene asignada la función de comunicación y en su cumplimiento: efectúa la convocatoria de las sesiones del órgano por orden del Presidente y cita a los miembros del mismo; y recibe los actos de comunicación de los miembros con el órgano (notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones etc.). Tiene asimismo la función de documentación, por lo que le corresponde preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones, expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados. Le corresponden asimismo cuantas funciones sean inherentes a su condición de Secretario.

E) Convocatoria y sesiones

Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o, en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros, salvo que en las normas de funcionamiento del órgano, o por acuerdo del mismo, se prevea una segunda convocatoria y se especifique para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

Una vez constituido el órgano, se procede a la deliberación de los asuntos incluidos en el orden del día, sin que puedan ser objeto de deliberación o acuerdo ningún otro asunto salvo la excepción ya vista: que estén presentes todos los miembros del órgano y sea declarada la urgencia por el voto favorable de la mayoría.

F) El acta

De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará

necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

El acta sólo debe recoger, por tanto, los puntos principales de las deliberaciones, aunque la Ley reconoce la posibilidad de que los miembros soliciten la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención. Los miembros que discrepen del acuerdo adoptado por la mayoría pueden asimismo formular voto particular (de su abstención o voto en contra) por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, en cuyo caso se incorporará al texto aprobado.

Cuando los miembros del órgano colegiado voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Para la validez de las actas es necesaria su aprobación por el órgano colegiado, que se hará en la misma o siguiente sesión, pudiendo en ambos casos emitir el Secretario certificación sobre acuerdos específicos adoptados, haciendo constar expresamente que el Acta se halla pendiente de aprobación cuando se de este caso.

5.- LA COMPETENCIA

La competencia es el elemento más característico de cada ente y cada órgano, el que los define y los sitúa en la organización administrativa. La competencia puede definirse en una doble vertiente, material y subjetiva. Por competencia se entiende así el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada ente y a cada órgano, y también la condición derivada de la titularidad de dicho conjunto de funciones y potestades. Es importante señalar que es requisito indispensable para la existencia de la competencia *su atribución mediante una norma jurídica*: la distribución interna de tareas entre personas y unidades a través de órdenes de régimen interior no constituye, jurídicamente hablando, competencia.

La atribución de competencias es por tanto una decisión normativa, sobre la que el órgano titular carece de poder de disposición, lo que explica que la competencia sea una cualidad irrenunciable e intransmisble como establece la Ley 30/92 (art.12.1) (*La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia salvo los casos de delegación, sustitución y avocación previstos en la Ley.*

- **Los criterios de distribución de competencias.**

A) criterios tradicionales:.

- Criterio **jerárquico**. La Competencia jerárquica es la medida de la distribución de las funciones y potestades entre los diversos grados de la jerarquía, es un reparto vertical (a los órganos superiores les corresponden funciones y potestades de mayor trascendencia que a los inferiores).
- Criterio **territorial**. Supone una distribución horizontal, en razón del territorio, de las funciones y potestades y en relación con otros órganos que se encuentran situados al mismo nivel jerárquico.
- Criterio **material**. Supone una distribución por fines, objetivos o funciones. Da origen, p.ej., a la diversidad de atribuciones entre los diversos Ministerios y dentro de éstos la distribución de aquéllas entre las distintas Direcciones Generales.

B) Nuevos criterios, suscitados por el hecho de la pluralidad de entes y órganos que, en el actual sistema jurídico- constitucional de distribución de competencias, potencialmente pueden ser destinatarios de una misma competencia, pueden coparticipar en el ejercicio de la misma. Se habla así de:

- Competencia **exclusiva**. En las relaciones Estado- CCAA, designa la titularidad de una CCAA sobre

toda la escala de potestades públicas sobre una materia (potestades legislativa, reglamentaria y de ejecución), sin perjuicio de las que el Estado pueda ostentar en esa materia en virtud de *otros* títulos constitucionales (p.ej., las CCAA pueden asumir competencia exclusiva en materia de urbanismo y ordenación del territorio, sin perjuicio de las competencias que se deriven para el Estado de su potestad de legislar para la protección del medio ambiente o del dominio público).

- Competencia **compartida**: cuando la responsabilidad sobre una materia se otorga a varios entes públicos u órganos distribuyéndose en atención a criterios materiales (p.ej., en materia de ferrocarriles y transportes terrestres).
- Competencia **abierta o indistinta**: cuando una materia corresponde de modo sumultáneo y no excluyente a dos o más entes u órganos (así ocurre en materia de servicios asistenciales, culturales y deportivos).
- competencia **conjunta**: cuando dos o más entes u órganos son competentes para intervenir en una determinada materia, debiendo producirse dicha intervención de modo necesario y sucesivo, en el seno de un mismo procedimiento.
- competencia **alternativa**: cuando la potestad decisoria en una materia se encuentra atribuida a dos o más entes u órganos de modo simultáneo, pero excluyente, de forma que una vez la ejerce uno de ellos no puede ejercerla el otro (así se distribuye la competencia para suspender licencias ilegales entre el Alcalde, que la tiene preferente, y el órgano competente de la Comunidad Autónoma, que debe ejercitarla si aquél no lo hace).

La falta de competencia origina un vicio del acto administrativo que produce su **invalidez**: esta incompetencia puede ser manifiesta, dando lugar a la nulidad de pleno derecho por tratarse de actos dictados por órgano manifiestamente incompetentes por razón de la materia y del territorio (art.62 de la Ley 30/92), o no manifiesta (que produce simple anulabilidad). Esta segunda se produce cuando se trata de una incompetencia jerárquica, ya que en este caso el vicio podrá subsanarse por el órgano competente cuando sea el superior jerárquico del que dictó el acto (art.67)..

6. LA JERARQUÍA

Es la técnica más elemental y tradicional de distribución de las competencias en una organización.

Son necesarias **dos condiciones** para que ésta sea real:

- 1- La existencia de una pluralidad de órganos con competencia material coincidente y escalonados por razón del nivel en el seno de la estructura organizativa.
- 2.-La garantía a través de un conjunto de poderes de la prevalencia de la voluntad del órgano de grado superior sobre el inferior, de modo que aquél pueda en cualquier asunto dirigir y sustituir la actividad del inferior, así como modificar y anular sus decisiones.

Entre las **facultades o poderes** ínsitos en el poder jerárquico podemos destacar:

- El poder de impulso y dirección de la actividad de los órganos superiores sobre los inferiores a través de las normas de carácter interno, como instrucciones y circulares u órdenes de servicio.
- El poder de inspección, de vigilancia o control sobre la actividad de los inferiores, ejercitable de oficio o a instancia o queja de parte interesada. (art. 79 Ley 30/92).
- La facultad de anular los actos de los inferiores (a través de la resolución del recurso de alzada, según denominación establecida para el recurso llamado por la Ley 30/92 ordinario en la modificación realizada en esta norma por la Ley 30/92).
- La facultad disciplinaria sobre los titulares de los órganos inferiores.
- La posibilidad de delegar las competencias en los órganos inferiores o la de avocar o resolver por ellos en determinados asuntos, todo ello en los casos permitidos por las leyes. (arts. 13 y 14 Ley 30/92).

- El poder de resolver los conflictos de competencias entre los órganos inferiores. (art. 20 Ley 30/92).

Todos estos poderes se corresponden con el deber del órgano inferior de respeto, obediencia y acatamiento de las órdenes, establecido en la legislación de funcionarios, cuyo cumplimiento se garantiza con la tipificación como falta disciplinaria de la desobediencia.

El principio de jerarquía no es aplicable en toda su virtualidad sobre órganos que, aunque suobordinados o inferiores a otros, han sido creados con vocación de neutralidad en razón de que ejercen funciones consultivas o cuasi-jurisdiccionales (como los tribunales o comisiones de concursos y oposiciones) o actividades técnicas muy especializadas. Si su razón de ser radica en la necesaria independencia o especialidad de su actuación, resulta obligado excluir esta actuación de la influencia de algunos poderes de la jerarquía como los de recibir instrucciones directas acerca de cómo han de resolver o informar sus asuntos. En estos supuestos se habla de jerarquía debilitada, en la que el órgano superior tendría la simple posibilidad de un condicionamiento externo de la actividad, sin llegar a la posibilidad de predeterminar el contenido mismo de la actividad del órgano inferior (puede, p.ej., decir en qué plazo ha de resolverse el concurso, pero no en qué sentido ha de resolverse).

Además, hay que señalar, que, con carácter general, el principio de jerarquía sufre un deterioro progresivo en todas las administraciones modernas, tanto públicas como privadas, pues la afirmación de otros principios como la coordinación y la cooperación, la obsesión por el consenso y otros factores sociales han creado un clima poco propicio para que se mantenga la tradicional eficacia de este principio. La relación de jerarquía tiende a desaparecer, asimismo, de ámbitos relacionales en los que hasta ahora operaba pero en los que es sustituido por la **relación de supremacía**, que es hoy la que explica la relación entre Entes públicos autónomos, pero de diverso nivel. La supremacía es la posición de poder inherente a la superioridad de los intereses que cada ente representa: es, ante todo, la posición de poder del Estado sobre los restantes entes públicos; y es, también, la posición de poder de las CCAA sobre las entidades locales. A la primera hizo referencia la Sentencia del TC de 2 de febrero de 1982, que declaraba que de la CE se deducía la necesidad "de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad" sobre las Comunidades Autónomas y los entes locales.

7. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

La **centralización**: en sentido riguroso, es la forma de organización pública en la que una sola Administración, la del Estado, asume la responsabilidad de satisfacer todas las necesidades de interés general y se atribuye en consecuencia todas las potestades y funciones necesarias para ello.

En un sentido menos radical, seguido hasta hace relativamente poco por Francia y los países que, como el nuestro, siguieron el modelo de organización napoleónico, la centralización admitía la existencia de Corporaciones locales (municipios, departamentos, provincias) si bien es el Estado quien define e interpreta sus necesidades y quien efectivamente dirige su actividad y servicios. En todo caso, el Estado dominaba decisivamente estas Corporaciones a través de la facultad que se reservó del nombramiento y remoción de los titulares de sus órganos de gobierno y con la aplicación de rigurosas técnicas de tutela y control.

Este modelo administrativo sirvió en España a la creación de un estado moderno, que por haber sido centralizado pudo plantearse, en las Constituciones de 1931 y 1978, un proceso político de descentralización.

La **descentralización** puede describirse en los países latinos de influencia francesa como un proceso histórico de signo contrario a la centralización y que se inicia cuando el proceso centralizador ha sido cumplido. Este proceso se planteó, primero, como una cuestión de distribución del poder entre el Estado y los Entes Locales, pero, al final, se ha plasmado no sólo en la autonomía reconocida a éstos, sino también en la creación de un nuevo nivel regional (Regiones y Comunidades Autónomas).

Las ventajas más sobresalientes de la descentralización son: la de acercar los niveles de decisión de los administrados y la de conjurar las disfunciones del centralismo.

Para los críticos de la descentralización sus inconvenientes son:

- la reduplicación de competencias y acciones sobre las mismas materias;
- el consiguiente crecimiento de los costes del sector público;
- el peligro de cantonalismo y desgobierno.

En el proceso de descentralización operado en los últimos tiempos en los países latinos se han señalado los siguientes factores negativos:

- Las dificultades financieras originadas por la circunstancia que supone que el mismo individuo es a la vez contribuyente del Estado, de las Regiones y de las Entidades Locales.
- La inadaptación de las estructuras sobre las que ha operado el proceso de descentralización, caracterizadas por el minifundismo municipal (36.000 municipios en Francia, más de 8.000 en España). La racionalidad exigía que la descentralización hubiera estado precedida por procesos de fusión y reducción de municipios para crear organizaciones menos numerosas, pero con mayor territorio, mayor población y, por consiguiente, con dimensiones más óptimas para la gestión de servicios locales y estímulo a la participación ciudadana.
- El escaso entusiasmo que en la actualidad despierta la descentralización, que llega justo cuando las diferencias culturales han sido ya arrasadas y el apego a la tierra, sostén de la descentralización tradicional, ha cedido el puesto a esquemas de vida mucho más artificiales y generalizados.

La autonomía que procura la descentralización supone que se den, cuando menos, los siguientes elementos:

- el Ente territorial tiene reconocido y garantizado un ámbito de competencia propio, no sólo frente al Estado, sino también frente a otros entes locales que se superponen en su territorio.
- El Ente territorialmente descentralizado goza de personalidad jurídica independiente del Estado y de las otras colectividades territoriales más amplias en las que está englobado.
- Los titulares de sus órganos de gobierno son distintos e independientes, en cuanto son elegidos por los miembros de la respectiva comunidad, de los órganos de gobierno de las colectividades territoriales superiores o más amplias.
- El Estado o las colectividades locales superiores no controlan directamente la actividad de los entes territoriales menores, trasladándose el peso de la vigilancia a que la supremacía obliga a los tribunales.

8.- LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL

(también llamada descentralización ficticia o por servicios).

No plantea, a diferencia de la anterior, problema político alguno de reparto o distribución de poder en el seno del Estado o del territorio, pues su finalidad es, únicamente, la de otorgar una mayor libertad de gestión a los responsables de un servicio público o actividad administrativa.

En la actualidad, es una técnica organizativa que utilizan tanto la Administración del Estado como las demás Administraciones públicas, creando en su ámbito organizaciones específicas, formal y jurídicamente autónomas, dotadas de personalidad jurídica distinta del Ente territorial matriz.

Dentro de la descentralización funcional se dan diversos grados de dependencia entre el Ente matriz territorial y el Ente personificado: puede haber una casi total identidad cuando, como ocurre habitualmente en nuestra Administración, el personal directivo de uno y otro es el mismo; puede haber también una relación muy estrecha, casi igual a la jerárquica, cuando el personal directivo del organismo personificado es nombrado y

revocado libremente por la instancia directiva del Ente territorial; pero cabe también cierta autonomía si su personal directivo es designado a través de un mecanismo electoral entre los miembros de un grupo social o de los funcionarios y usuarios del servicio público descentralizado (caso de las Universidades).

9.- LA DESCONCENTRACIÓN

Se designa así la transferencia de competencias de forma permanente de un órgano superior a otro inferior (sea central o periférico), dentro de un mismo Ente público.

La finalidad de esta técnica es la de descongestionar el trabajo de los órganos superiores trasvasando parte de sus competencias a otros inferiores, centrales o periféricos, por lo que provoca una pérdida de poder y competencias de aquéllos ya que esa cesión de competencias, como hemos dicho, es definitiva. Aunque en apariencia se trata únicamente de una técnica de distribución más racional de competencias entre órganos, sus consecuencias políticas pueden llegar a ser trascendentales, por cuanto el desplazamiento en sentido descendente de las potestades públicas supone la traslación de éstas desde los titulares de los cargos de nombramiento político a los componentes de la burocracia profesional, los funcionarios. Puede por consiguiente entrañar un cambio cualitativo del origen y estatus de las personas que deben desempeñar las competencias objeto de la misma.

Cabe la aplicación de esta técnica en todas las esferas y en toda clase de administraciones, tanto territoriales como institucionales, siempre que se dé una ordenación jerárquica que permita ese trasvase de competencias con carácter de permanente de un órgano superior a otro inferior.

Esta técnica se introdujo por vez primera en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones del Estado de 1957. La ley 30/ 92 recoge esta técnica, sin definirla ni regularla, remitiéndose a las normas que la prevean.

10.- LAS TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS ENTRE ENTES PÚBLICOS TERRITORIALES

Se trata de supuestos de transferencia de competencias que no afectan a su titularidad y que tienen por ello un carácter más o menos temporal.

A) La delegación intersubjetiva

Consiste en la traslación por un ente superior a otro inferior del ejercicio de una competencia, reteniendo el ente delegante la titularidad de la misma. Parada considera que para que exista delegación es necesario un acuerdo libre entre delegante y delegado, pero lo cierto es que, tal como se configura en las leyes, la delegación puede ser voluntaria u obligatoria para el ente delegante.

Supuestos de delegación intersubjetiva previstos en nuestro ordenamiento: art.27 LBRL para la delegación del Estado y las CCAA en los entes locales y art.150.2 CE. para la delegación del Estado en las CCAA. De acuerdo con la regulación contenida en estos preceptos, sus reglas son:

– en el *aspecto material*: la delegación ha de hacerse, de acuerdo con la LBRL en materias que afecten a los intereses propios de la provincia o municipio, siempre que con la delegación se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. Ambos requisitos parecen aplicables a la delegación del Estado en las CCAA aunque el art.150.2 CE no lo diga expresamente.

– en el *aspecto formal*: la delegación ha de hacerse en todo caso mediante una norma: una ley orgánica en la delegación a las Comunidades Autónomas y una ley o reglamento en la delegación a entes locales.

– La delegación del Estado y las CCAA en los entes locales puede ser voluntaria u obligatoria, en cuyo caso

la delegación deberá ir acompañada de la dotación de medios económicos para desempeñar las competencias y habrá de hacerse por ley. En el caso de la delegación del Estado en las CCAA, aunque el art.150 CE no lo dice expresamente, la previa aceptación por éstas parece un requisito ineludible para el respeto de su autonomía.

– En cuanto a los *controles*: el art.150.2 CE deja en libertad a la ley orgánica para establecerlos. La LBRL es mucho más precisa, fijando tres tipos de los mismos: las potestades de dirección que se reserva el ente delegante; el recurso de alzada impropio, por cuanto los actos del ente local en ejercicio de la competencia delegada podrán ser recurridos ante los órganos de la Administración delegante; el control extraordinario consistente en la revocación de la delegación, que puede acordarse por el ente delegante en caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas o inobservancia de los requerimientos formulados.

B) La gestión forzosa y la encomienda de gestión

Parada engloba en esta figura todos los supuestos en que un Ente territorial inferior gestiona obligatoriamente servicios de otro superior, que mantiene la titularidad de la competencia. La diferencia con la delegación estaría así en el dato de *la obligatoriedad* en el ejercicio de las competencias. Para el profesor Santamaría que sostiene, por el contrario, la posibilidad de delegaciones obligatorias, la gestión forzosa (que él denomina gestión ordinaria y que en Alemania se conoce como préstamo de órganos) es una forma de delegación en la que el ente delegante posee mayores controles y potestades de dirección sobre la actividad del delegado, es pues, un tipo de delegación en la que la libertad del delegado es menor, actuando éste como un órgano del primero.

La LBRL prevé esta técnica, contemplando la posibilidad de que las provincias y las islas lleven a cabo la gestión forzosa de los servicios de las Comunidades Autónomas. Esta previsión responde políticamente a la conveniencia de evitar que la creación de las CCAA, sin la supresión de las diputaciones Provinciales ni de los órganos periféricos de la Administración del Estado, lleve a una excesiva proliferación de organismos en un mismo territorio: se trata de evitar costes.

A juicio de Parada, a parte de la difícil articulación de la figura de la gestión forzosa con el principio de autonomía provincial y municipal, se trata ésta de una técnica que parece abocada al fracaso, por pretender sustituir la voluntaria colaboración por la obligatoriedad, pero sin garantías adecuadas para su cumplimiento, pues poco puede hacer el ente superior, como no sea la derogación misma de la gestión forzosa, cuando el inferior no cumple adecuadamente con sus cometidos.

En cuanto a la **encomienda de gestión**, la Ley 30/92 regula esta figura, que consiste en atribuir *por razones de eficacia o cuando no se posean medios técnicos idóneos para su desempeño* a otro órganos de la misma o de distinta administración *la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público*.(art. 15). Se trata, por tanto, de una mera encomienda de la realización de actividades (p.ej., la informatización de un servicio) que no supone cesión ni de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante el dictado de cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material de la encomienda.

Cuando la encomienda de gestión se realiza entre órganos y entidades de distintas Administraciones (también puede darse, como veremos, entre órganos pertenecientes a una misma Administración), la Ley exige la firma del correspondiente Convenio, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las CCAA por las Diputaciones Provinciales o Cabildos o Consejos insulares (en los que, como hemos visto, se impone con carácter forzoso).

C) La avocación intersubjetiva, sustitución o subrogación.

Por avocación intersubjetiva, también denominada sustitución o subrogación, se entiende el desapoderamiento que en su favor hace un ente superior del ejercicio de la competencia sobre un determinado asunto cuya titularidad corresponde a un ente inferior. Hay aquí, por tanto, un desapoderamiento unilateral, efectuado por un ente ajeno al titular de las competencias (no es exactamente lo contrario a la delegación y gestión forzosa).

Se trata de una técnica traumática, utilizada tradicionalmente en las relaciones del Estado con las entidades locales, con la finalidad de asegurar el ejercicio de determinadas competencias relevantes, inactuadas por los entes locales titulares.

Tras la Constitución de 1978, esta técnica resulta difícilmente reconciliable con la proclamación de autonomía de las CCAA y de las Corporaciones Locales, aunque se contempla en dos supuestos siempre que se den causas justificadas y las necesarias garantías formales:

- El art. 155 de la Constitución contempla la posibilidad de que el estado avoque competencias de una Comunidad Autónoma y convierta a sus autoridades en órganos que cumplan instrucciones estatales cuando no cumplieren las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, adoptando a tal efecto *las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del interés general*. Esta drástica medida sólo puede ser acordada por el Gobierno, previo requerimiento del Presidente de la Comunidad y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado.
- La avocación en el ejercicio de las competencias de las Corporaciones locales por el Estado o las CCAA, prevista en el art. 60 LBRL, puede tener lugar cuando aquéllas incumplieran las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma tal que el incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la CCAA, y cuya cobertura económica estuviere legal o presupuestariamente garantizada. Deberá recordarse a la entidad Local el cumplimiento de sus obligaciones concediéndole a tal efecto el plazo que fuera necesario y, si pasado este plazo (nunca inferior a un mes) el incumplimiento persistiera se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local.

11.- TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS ENTRE ÓRGANOS DE UN ENTE PÚBLICO

Fenómeno parejo al de la delegación y avocación de competencias entre Entes personificados y dotados de autonomía. Tiene menor transcendencia política y es un fenómeno normal en una estructura jerarquizada en la que se cree que la jerarquía presupone las facultades del órgano superior de trasladar al inferior el ejercicio de las competencias que le son propias.

Dichas transferencias interorgánicas no eran posibles en base exclusiva a los poderes jerárquicos y a la voluntad del órgano superior, porque el principio de irrenunciabilidad y de especialidad en el ejercicio de las competencias exigía para estas operaciones una autorización legal, por cuanto en muchos casos la distribución de competencias no se establecía en normas con rango de ley, sino por simple reglamento.

La Ley 30/92 determina que la delegación y avocación son posibles cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes (art.12.1), pero, a diferencia de la legislación anterior, acepta ambas formas de transferencia en función de una amplia cláusula general siempre que *existan circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente*.

A) La delegación interorgánica

Es similar a la delegación intersubjetiva. En ella, un órgano traslada a otro jerárquicamente inferior (perteneciente, por supuesto, al mismo ente público) el ejercicio de una competencia propia, reteniendo la

titularidad.

La Ley 30/92 ha flexibilizado mucho la admisión de esta figura pues, a diferencia de la legislación anterior, que exigía una previsión legal expresa de la facultad de delegar, la admite genéricamente mediante la cláusula general expuesta. Por otro lado, se ha ampliado el ámbito subjetivo más allá del estricto campo de la relación de jerarquía, pues la delegación puede hacerse a favor de *órganos que no sean jerárquicamente dependientes*. Ahora bien, mientras la obligación de soportar o aceptar la delegación puede entenderse como uno de los deberes implícitos en la relación de jerarquía y que, por consiguiente, ha de soportar el órgano inferior, no es posible imponerla en el supuesto en que el órgano no sea un inferior.

Materias que según la Ley *no son susceptibles de delegación* :

- Los asuntos que se refieran a las relaciones con la Jefatura del estado, la Presidencia del Gobierno de la Nación, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.
- La adopción de disposiciones de carácter general.
- La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso.
- Las competencias que se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa de una Ley.

La Ley 4/1999 ha eliminado la anterior prohibición de delegar las competencias cuyo ejercicio exija como trámite preceptivo la emisión de un informe o dictamen, aunque se mantiene que no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

Las *formalidades requeridas* para la validez de la delegación son:

- su publicación en el periódico oficial que corresponda según la Administración a la que pertenezca el órgano delegante;
- que las resoluciones que se adopten por delegación indiquen esta circunstancia;
- Que, si se trata de órganos colegiados, *la delegación de competencias para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum.*

En cuanto a los efectos de la delegación la Ley es clara: *las resoluciones administrativas dictadas por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante.*

La delegación se *extingue* por revocación en cualquier momento del órgano que la haya conferido. Aunque la Ley no lo dice, parece que esta revocación debe acompañarse del mismo requisito de publicidad en los correspondientes boletines oficiales, no siendo oponible dicha revocación frente a los administrados hasta que ese requisito haya sido cumplido.

B) Delegación de firma, suplencia y encomienda de gestión interorgánica

Según la Ley 30/92 estas formas de transferencia de competencias *no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén* (art.12.1).

La **suplencia** tiene lugar cuando por razones de carácter temporal (vacante, enfermedad o ausencia, vacaciones etc.), se produce una simple sucesión transitoria de la titularidad de un órgano, sin translación de competencias de un órgano a otro (sólo el titular se desplaza). Durante esta situación la competencia se ejercerá por quien designe el titular del órgano suplido. Si no lo hace, esta competencia la ejercerá quien designe el órgano administrativo inmediato de quien dependa.

La **delegación de firma** se produce cuando un órgano administrativo puede ejercer su competencia decisoria *de forma verbal*, en cuyo caso la plasmación escrita de la orden puede hacerse por otro órgano con su firma, incluyendo antes de ella la fórmula "*De orden de...*". No es necesario que entre el delegante y el delegado haya una relación de jerarquía (aunque este es el supuesto más frecuente). Le afectan los mismos límites materiales de la delegación y además, el de que no es posible para adoptar resoluciones de carácter sancionador. Al no alterar la competencia del órgano delegante, no es necesaria la publicación del acuerdo de delegación de firma.

La **encomienda de gestión** interorgánica consiste en atribuir *por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño* a otros órganos de la misma Administración la *realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho Público*. No supone la cesión de la titularidad de la competencia, por lo que sigue siendo responsabilidad del órgano encomendante el dictado de cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material de la encomienda.

La Ley prohíbe que el régimen jurídico de la encomienda de gestión se aplique para burlar la aplicación del Derecho administrativo y, en concreto, las garantías jurídicas que rigen la contratación administrativa, por lo que prevé que no será de aplicación cuando la realización de las actividades propias de esta figura hayan de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, debiendo ajustarse, entonces, en lo que proceda, a la legislación de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo.

C) La avocación

Supone la traslación del ejercicio de la competencia para resolver *un asunto determinado* desde el órgano titular de la misma a un órgano superior, acordada por éste último. No es, por tanto, lo contrario a la delegación, pues ésta transfiere la potestad para resolver todos los asuntos pertenecientes a un mismo género, en tanto que la avocación lo es para un solo asunto, caso por caso. De acuerdo con la Ley 30/92, *los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos inferiores, cuando circunstancias de índole técnica, económica y social, jurídica o territorial, lo hagan conveniente*. De esta manera, dada la amplitud de esta cláusula habilitante, se refuerzan los poderes de la clase política frente a la funcionarial y existe el riesgo de desigualdad de trato entre los administrados.

Como cautela menor se ha impuesto a los casos de avocación que tengan lugar en la Administración del estado la obligación del órgano avocante de poner en conocimiento de su superior jerárquico el ejercicio de la avocación.

Los efectos son: el superior actúa la competencia asumida como propia, por lo que contra la decisión en el asunto objeto de la avocación proceden únicamente los recursos que normalmente se admiten contra los actos del órgano avocante. Los efectos se extinguen al adoptar el órgano superior la resolución correspondiente en el expediente en que aquélla se hubiera producido.

12.- EL CONFLICTO

• La evolución del sistema de conflictos

Los conflictos de competencias son consecuencia de las dificultades que supone la asignación precisa de las competencias y constituyen la traducción jurídica de la lucha entre los poderes y las administraciones, pugna política que encuentra en el sistema de resolución de conflictos un campo civilizado para dirimir sus tensiones.

El sistema de conflictos ha ido ganando en complejidad y extensión debido al sistema de división de poderes y del deseo del Estado de Derecho de conseguir un reparto de competencias preciso y minucioso.

Con la Constitución de 1978 las posibilidades de formalización de conflictos se amplían notablemente. Vamos a ver ahora las distintas posibilidades conflictuales que se dan en la actualidad entre administraciones públicas o en el interior de éstas entre simples órganos administrativos, así como los procedimientos para su resolución.

B) Conflictos entre poderes públicos.

A su vez, podemos distinguir dos clases:

a.- Los conflictos que pueden plantearse entre los órganos constitucionales del Estado, esto es, entre el Gobierno, el Congreso, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial. La resolución de estos conflictos se halla regulada en la Ley Orgánica del TC y compete a este Tribunal (arts. 73 a 75).

b.- Los conflictos que pueden suscitarse entre un órgano de cualquiera de las Administraciones públicas y un órgano concreto del Poder Judicial, denominados conflictos jurisdiccionales por su Ley reguladora, Ley orgánica de 18 de mayo de 1987. Son resueltos por el denominado Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, compuesto por tres Consejeros Permanentes de Estado y tres Magistrados del Tribunal Supremo, de los cuales uno es el Presidente de este Tribunal, que preside este órgano con voto de calidad.

B) Conflictos entre Administraciones (o entes públicos). Pueden ser, a su vez, de cinco tipos:

- Los conflictos que enfrentan al Estado y una Comunidad Autónoma con ocasión de una ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley. Aunque estrictamente se trata de un conflicto competencial se tramita por el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad ante el TC (art. 32 de la LOTC).
- Los conflictos que enfrentan al Estado y una Comunidad Autónoma o a varias Comunidades Autónomas entre sí con ocasión de reglamentos o actos administrativos (conflicto positivo) o su omisión (conflicto negativo: ninguna de las dos Administraciones se considera competente para dictarlo), regulados en la Ley Orgánica del TC, arts. 60 a 72. Sólo pueden ser planteados por los órganos ejecutivos supremos de unos y otros entes y en relación con las normas, resoluciones, actos singulares dictados por otro ente, si se trata de conflicto positivo, o bien en relación a su omisión, si se trata de un conflicto negativo, por entenderse en ambos casos que la conducta no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes.

En cuanto al procedimiento:

- El conflicto positivo se plantea, previo requerimiento ante el órgano ejecutivo supremo del ente presuntamente invasor de la competencia para que derogue la norma o anule el acto o resolución cuestionado. El plazo del requerimiento es de dos meses desde la publicación del norma o comunicación del acto, indicando los preceptos infringidos; si el requerido no contesta en el plazo de un mes o los hace en sentido negativo, el requeriente podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, que resolverá tras oír, por plazo de veinte días, al órgano requerido).
- En el conflicto negativo (hipótesis más infrecuente) el procedimiento se inicia porque ante la solicitud de un administrado un CA o el Estado se declaran incompetentes por entender que la competencia le corresponde a otro Ente; el interesado deberá plantear la cuestión ante éste, tras agotar primero la vía administrativa. Si este segundo Ente también se declara incompetente puede acudir al TC, que deberá resolver tras oír a ambas Administraciones.
- Cabe también un conflicto negativo sin intervención de un administrado. Así ocurre cuando una CA, tras haber sido requerida por el Gobierno del Estado para que ejercite una competencia conferida por su Estatuto o un Ley Orgánica de delegación o transferencia, se declara incompetente o no actúe la

competencia en el plazo que el Gobierno le señale para ello.

- Los conflictos *en defensa de la autonomía local* son aquellos que enfrentan al Estado o las CCAA con las Entidades locales con ocasión de una norma o disposición con rango de ley, ya sea del Estado o de una CCAA, cuando se considere que lesiona la autonomía local constitucionalmente garantizada. Salvo en el caso de leyes que tengan por destinatario único una provincia o un municipio, sólo están legitimados para plantear el los municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la ley y representen al menos un sexto de la población oficial de ese ámbito territorial, o las provincias que supongan la mitad de las existentes y representen la mitad de la población del ámbito territorial de aplicación de la ley. Antes de la formalización de la demanda se exige informe preceptivo del C. de Estado u órgano consultivo correspondiente de la Comunidad Autónoma. Estos conflictos y el procedimiento de resolución por el TC han sido introducidos en la LOTC en una modificación de la misma llevada a cabo en 1999 (Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril).
- Los conflictos *entre el Estado o las CCAA con las Entidades locales con ocasión de reglamentos o actos administrativos que se considera que lesionan la autonomía local*. Su resolución corresponde a la jurisdicción contencioso- administrativa (arts. 63 y ss. de la Ley de Bases de Régimen local).
- Los conflictos *entre diferentes entidades locales*. Su resolución corresponde a la Administración de la Comunidad autónoma, cuando las entidades locales en conflicto pertenezcan a la misma Comunidad, o a la Administración del Estado, cuando pertenezcan a CCAA distintas, oyendo previamente a éstas (art.50 LBRL). Todo ello sin perjuicio de la ulterior posibilidad de impugnar la resolución dictada ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

D) Los conflictos entre órganos

Pueden distinguirse dos tipos:

a.- Los conflictos *entre órganos de la Administración del Estado o de una Comunidad Autónoma*, vienen regulados en el art.20 de la Ley 30/92. Este precepto distingue según se trate de órganos que estén relacionados jerárquicamente o que no lo estén.

- en el primer caso, resolverá el conflicto (positivo o negativo) el órgano superior jerárquico común en el plazo de diez días, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y siguiendo el procedimiento establecido en la Disposición Adicional 14 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley de 14 de abril de 1997).

En caso de conflicto positivo, el órgano que se considere competente requerirá de inhibición al que conozca del asunto, quien suspenderá el procedimiento por un plazo de 20 días. Si dentro de dicho plazo acepta el requerimiento, remitirá el expediente al órgano requirente. En caso de considerarse competente, remitirá acto seguido las actuaciones al superior jerárquico común. En los conflictos negativos, el órgano que se considere incompetente remitirá directamente las actuaciones al que considere competente, quien decidirá en el plazo de diez días y, en su caso, de considerarse asimismo incompetente, remitirá acto seguido el expediente con su informe al superior jerárquico común.

- en el segundo caso, estamos ante el denominado conflicto de atribuciones. El art. 20 dispone así que *los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo*. La Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre) ha atribuido expresamente al Presidente del Gobierno la competencia para Resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios (art.2.2.1)).

b) Conflictos *entre órganos y entidades dependientes de una misma Corporación local*: se atribuye su resolución al Pleno de ésta, cuando se trate de conflictos que afecten a órganos colegiados, miembros de éstos

o entidades locales menores, y al Alcalde o Presidente de la Corporación en los demás casos.

13.- EL CONTROL

Es la actividad que permite comprobar la adecuación de la Administración a las normas y fines establecidos en el ordenamiento jurídico. En ello están responsabilizados todos los poderes del estado: Legislativo, Judicial, y la propia Administración. Se han creado asimismo órganos constitucionales específicos de control: el Defensor del Pueblo, El tribunal de Cuentas,

Centrándonos en el control que se ejerce por la Administración, hay que distinguir, según sus objetivos, entre:

- Control de **legalidad**: comprueba si la Administración ajusta su actividad a las reglas imperativas del Ordenamiento. Se ejerce a través de la resolución de los recursos y corresponde en última instancia hacer a los Jueces en los procesos en los que es parte la Administración. Es también una responsabilidad ineludible del órgano jerárquico superior sobre los inferiores.
- Control de **oportunidad**: posibilidad de valorar y enjuiciar las alternativas que cabe adoptar dentro de la legalidad en virtud de un margen de apreciación discrecional, que corresponde al órgano investido de la competencia..
- Control de **eficacia**: trata de verificar el comportamiento de la Administración desde el punto de vista de la relación de su actividad con los costes que generan y de los logros obtenidos en función de los medios desplegados. Tiene importancia en las actividades de carácter industrial, sobre todo cuando se desarrollan por empresas públicas..

Desde el punto de vista de *las técnicas utilizadas* se distingue entre:

- Controles **preventivos**: actúan sobre un proyecto de decisión, que es analizado previamente a su conversión en resolución definitiva por un órgano diverso al que ha de llevarlo a efecto. (Interventores de Hacienda).
- Control **sucesivo**: actúa *a posteriori*, por lo que aun respetando la libertad de acción del órgano controlado, puede resultar ineficaz si la actividad se ha producido. Tiene sólo efecto disuasorio. (Tribunal de Cuentas).
- Control **permanente**: supone una vigilancia continua sobre un servicio. Corresponde siempre efectuarlo a los superiores jerárquicos (responsables del buen funcionamiento del servicio a su cargo).
- Controles **provocados**: originados por denuncia, queja o recurso de los administrados y obligan a la Administración a realizar algún tipo de investigación que satisfaga el derecho de aquéllos a obtener una respuesta.

La actividad de control ha sufrido un gran retroceso en lo referido al ejercido por el Estado sobre las Entidades locales (como consecuencia del principio de autonomía y de la profunda descentralización llevada a cabo por la Constitución). Las CCAA nacieron ya por su parte libres de cualquier tipo de control preventivo por parte de la Administración del Estado. En la actualidad, la legalidad de las Administraciones territoriales inferiores se garantiza mediante controles externos (Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo y Tribunales).

14.- LA COORDINACIÓN

Es la función que pretende conjuntar diversas actividades en el logro de una misma finalidad evitando la reduplicación de esfuerzos y las acciones divergentes o contradictorias. Las técnicas mediante las que se ejerce esta función varían sustancialmente según se aplique a los órganos de una Administración o a Administraciones distintas.

a) La coordinación interorgánica.

Tratándose de una misma organización basta normalmente con la potestad jerárquica para asegurar la conjunción de actividades, a través de la potestad del órgano superior de dar órdenes generales u órdenes particulares a los órganos que se pretende coordinar. La coordinación puede entenderse, por tanto, en este supuesto como una facultad, entre otras, del mando o jerarquía. Esta coordinación se realiza a través de determinados mecanismos o técnicas, que pueden clasificarse en orgánicas y funcionales.

Los órganos a los que el ordenamiento atribuye por su posición una función coordinadora especialmente importante dentro de la Administración del Estado son:

- El Presidente del Gobierno (coordina a los demás miembros del Gobierno).
- Las Comisiones Delegadas del Gobierno (coordinan la acción de los Ministros en la consecución de objetivos comunes).
- El Delegado del Gobierno (coordina la Administración del Estado con la de la CA cuando proceda y dirige y coordina la Administración del Estado en la CA).
- Los Subdelegados del Gobierno en las Provincias (dirigen y coordinan la protección civil en el ámbito de la provincia).

Las técnicas funcionales utilizadas para coordinar son numerosas: reuniones periódicas de los titulares de los órganos inferiores dirigidas por el superior jerárquico coordinador, la planificación económica, la resolución de los conflictos de atribuciones, la comunicación de instrucciones, la creación de órganos colegiados siendo el Presidente el coordinador etc.

b) La coordinación entre Entes públicos

Comprende todas las potestades o técnicas por las cuales un ente superior hace uso de su posición de supremacía para lograr *autoritariamente* la coherencia de la actuación de los entes territoriales inferiores con el *interés superior* que aquél defiende. Al operar en este caso la coordinación sobre entes dotados de autonomía, ello entraña dos límites fundamentales:

- La coordinación no puede perseguir la unidad o uniformidad de acción de todos los entes públicos, sino meramente su coherencia o compatibilidad, de manera que la eficacia del conjunto de actividades no se vea gravemente perturbada.
- La coordinación no es un poder general e indeterminado: en cuanto excepción al principio de autonomía las técnicas de coordinación deben hallarse rigurosamente tasadas, no hay otras posibilidades de coordinación que las que el sistema normativo establezca.

Existen dos formas fundamentales de coordinación entre entes públicos:

1.– *La coordinación por el Estado y por las CCAA de las Entidades locales.* Está regulada en la LBRL, que establece:

a) Los requisitos materiales para utilizar esta técnica:

- que las actividades o servicios que se quieren coordinar afecten a los entes públicos superiores. –
- que el objetivo de coherencia que se persigue no pueda alcanzarse mediante las técnicas de cooperación económica, técnica o administrativa de carácter voluntario.
- que el empleo de esta técnica venga autorizado por Ley estatal o autonómica.

b) las fórmulas coordinadoras, que son dos:

- la planificación, esto es, la definición concreta y en relación con la materia, servicio o competencia

determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente.

- la participación local en procedimientos tramitados y resueltos por el ente público superior.

2.- *La coordinación del Estado y las Comunidades autónomas.* Aunque el alcance de la coordinación en este caso está mucho menos claro que en anterior, está claro que al Estado le corresponde una potestad de coordinación sobre las CCAA, reconocida en la CE cuando alude a las funciones del Delegado del Gobierno en la CA (art. 154), y al mencionar las competencias estatales sobre planificación económica, enseñanza y sanidad (art. 149.1).

También puede considerarse función de coordinación la que ejerce el Estado al dictar una legislación básica, pero la cuestión más importante sobre el alcance de la coordinación se centra en los supuestos de ejecución por las CCAA de la legislación estatal, pues en ella debe darse una aplicación homogénea para garantizar la igualdad de los ciudadanos. Se reconoce por ello al Estado (como ha avalado el TC en la Sentencia de 5 de agosto de 1983) unas potestades limitadas de coordinación, destinadas a garantizar una cierta homogeneidad en la aplicación de las leyes, respetando la exigencia de que las tareas de ejecución se efectúen de manera autónoma. Son tres potestades:

- la potestad de supervisión, por los órganos estatales de la actuación de la Administración autonómica.
- la potestad de formular requerimientos, al objeto de subsanar las deficiencias advertidas en la labor supervisora.
- la potestad de dirigir directivas o instrucciones generales, siempre que sean necesarias para corregir las desviaciones graves producidas en el proceso aplicativo de la legislación estatal.

15. LA COOPERACIÓN

Es una coordinación voluntaria desde una posición de igualdad de los diversos Entes públicos sin imperatividad ni coacción para su cumplimiento (se basa en el acuerdo, la persuasión). Este principio nace como consecuencia la autonomía y por la necesidad de compensar la dispersión que la descentralización provoca en la actividad pública.

La cooperación puede existir sin una regulación jurídica previa, aunque si existe tal regulación en el Derecho local-

LBRL 1985, art. 57: la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Admon. Local y las del Estado y las CCAA, tanto en los servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban.

Para el Estado y las CCAA no hay una previsión general a tal efecto, pero el TC ha reconocido el deber de cooperación como *implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución* (STC 4 mayo 1982). La Ley 30/92 ha proclamado este principio como general: *las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación* y luego lo descompone en reglas más precisas:

- Respetar el ejercicio legítimo por las otras administraciones de sus competencias.
- Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses implicados y, en concreto, aquéllos en cuya gestión esté encomendada a las otras administraciones.
- Facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en

el ejercicio de sus propias competencias.

- Prestar, en el ámbito propio, cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

La Ley configura la asistencia requerida como un deber jurídico (sólo podrá negarse cuando el ente solicitado no está facultado jurídicamente par prestarla o si al hacerlo causara grave perjuicio a sus intereses). La negativa a prestar asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante.

En cuanto a la cooperación para la ejecución de los actos administrativos, la Ley impone a la Administración General del Estado, a la de las CCAA y a las Entidades que integran la Administración local el deber de colaborar y auxiliarse mutuamente para aquellas ejecuciones de sus actos que por razones territoriales tengan que hacerse fuera de sus respectivos ámbitos de competencia.

Las técnicas arbitradas par garantizar el cumplimiento efectivo de estos mandatos por la Ley 30/92 (tras su modificación por la Ley 4/1999) son las siguientes:

a) las Comisiones bilaterales de Cooperación

Son órganos al máximo nivel de representación pues en ellas están representadas la Administración General del Estado, a través de los miembros del Gobierno, y la respectiva Comunidad Autónoma, a través de miembros de su Consejo de Gobierno. Se crean mediante acuerdo que determina los elementos esenciales de su régimen jurídico.

b) las Conferencias sectoriales

Son órganos colegiados que se reúnen con el fin de asegurar permanentemente la necesaria coherencia de la actuación de las Administraciones públicas y, en su caso, la imprescindible colaboración y coordinación: a tal efecto, se reúnen en ellos los representantes del Estado y de las CCAA para *intercambiar puntos de vista, examinar en común los problemas de cada sector y las medidas proyectadas para afrontarlos y resolverlos* (art.5 de la Ley 30/92).

La vigente regulación de las conferencias sectoriales pone de manifiesto la debilidad de esta técnica en nuestro sistema: no se recoge la obligatoriedad de la convocatoria de estas, no se impone la atribución de la presidencia al Ministro representante del Estado (no se dice quien ostentará la presidencia ni la secretaría), y se descarta la regla de las mayorías para la toma de acuerdos.

La Ley resuelve el problema de la convocatoria responsabilizando de la misma al Ministro o Ministros con competencia sobre la materia objeto de la conferencia.

La Conferencia puede o no tomar acuerdos, y, en caso de adoptarse, pueden formalizarse bajo la denominación de Convenio de Conferencia Sectorial o adoptar la forma de planes y programas conjuntos de actuación.

c) Otros órganos de cooperación

Además de las Comisiones bilaterales de Cooperación y las conferencias sectoriales, la Ley prevé que puedan crearse otros órganos de cooperación en ámbitos materiales específicos, en las que se reúnan los responsables de la materia en el Estado y en las CCAA.

e) Los convenios de colaboración

La Ley distingue entre los convenios de colaboración y los de las conferencias sectoriales (según hayan sido

suscritos sin o previa celebración de una conferencia sectorial), aunque su régimen jurídico es el mismo. Estos pactos, bilaterales o multilaterales, cobran importancia cuando, como ahora ocurre, en la organización del sector público imperan los principios de personalidad y descentralización.

No son contratos civiles, por la materia y las partes que lo suscriben, pero tampoco administrativos, ya que la legislación de éstos excluye de su ámbito a los convenios de colaboración que celebre la Administración con las Corporaciones locales u otros Entes de Derecho público. Se trata, pues, de una clase especial de contratos dentro del Derecho público, por lo que la jurisdicción competente para resolver los eventuales litigios es la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con exclusión de la constitucional.

La Ley 30/92 reconoce la posibilidad legal de los convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma y los órganos correspondientes de las Administraciones de las CCAA. En esta regulación deben incluirse también los convenios entre CCAA, a los que se aplican además los límites previstos en la Constitución: como el constituyente veía con desconfianza la posibilidad de una alianza de los países catalanes, por lo que, además de prohibir la Federación de CCAA, exige autorización de las Cortes Generales para los acuerdos de colaboración entre ellas, salvo que se trate de convenios limitados a la gestión y prestación de servicios propios de las mismas (art.145).

Por lo que respecta al contenido de los convenios, no hay más límites que los generales para todo negocio, en primer lugar el no poder ser contrarios al orden público general u ordenamiento jurídico (art. 1255 del Código Civil), lo que se concreta sobre todo en este ámbito en el orden competencial, en cuanto como dice la Ley 30/93, los convenios de conferencia sectorial y los convenios de colaboración, en ningún caso suponen la renuncia de las competencias propias de las Administraciones intervinientes. La Ley permite que los convenios prevean la creación de organizaciones consorciales dotadas de personalidad jurídica para llevar a cabo sus acuerdos (los estatutos determinarán sus fines así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero, debiendo formarse sus órganos de decisión por representantes de todas las entidades consorciadas en la proporción que se fije en los estatutos).

La competencia para resolver los litigios que se susciten en la aplicación de los convenios se remite en primer lugar al *órgano mixto de vigilancia y control*, que puede crearse por el propio convenio. Esta previsión no puede impedir, de acuerdo con el principio de tutela judicial efectiva del art.24 CE, el ulterior planteamiento de la cuestión ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

e) Los Planes y Programas conjuntos

La Administración General del Estado y la Administración de las CCAA pueden acordar la realización de planes y programas conjuntos de actuación para el logro de objetivos comunes en materias en las que ostenten competencias concurrentes.

Dentro de su respectivo ámbito sectorial, corresponde a las Conferencias sectoriales la iniciativa para acordar la realización de planes o programas conjuntos, la aprobación de su contenido, así como el seguimiento y la evaluación multilateral de su puesta en práctica. Los acuerdos aprobatorios de los planes o programas conjuntos tienen eficacia vinculante para las partes y son objeto de publicación oficial.

16.- LA PARTICIPACIÓN

Este principio supone que los ciudadanos, al margen de los mecanismos propios de la democracia parlamentaria que les permiten dirigir la administraciones públicas por medio de sus representantes elegidos en los procesos electorales generales, disponen de otras vías directas para gestionar los servicios públicos y para influir o decidir incluso de los asuntos de la competencia de aquéllas.

La participación se ha presentado en los últimos tiempos como un remedio milagroso frente a las desviaciones burocráticas y autocráticas del Estado democrático, pero, como señala Parada, tiene el riesgo de que conlleva siempre un desplazamiento mayor o menor, de la clase política democráticamente elegida de la dirección de los servicios públicos. Por ello, algunos autores (MERKL) la Administración servida por funcionarios jerarquizados y dependientes del Gobierno resulta más democrática porque ofrece más garantía de ejecución de la ley, la voluntad popular más amplia, en sus propios términos y con igualdad para todos, mientras que en la Admon participativa el grupo más reducido, a través de la particular ejecución de la ley, se impondría a la voluntad general.

En la Constitución se refleja en este sentido al vieja antinomia entre el principio constitucional de responsabilidad del Gobierno sobre la dirección de los servicios públicos (art. 97), y las imposiciones constitucionales de participación (el art.9.2 habla de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social). La solución a este conflicto estaría a juicio de Parada en poner unos límites al principio de participación, como serían:

- Concretar la participación en la audiencia de los interesados (como hace el art. 105 CE para el procedimiento administrativo), pero articulándola de forma que no se desnaturalice con ella la voluntad de los titulares del poder ejecutivo.
- Entender que los directivos de los servicios públicos no pueden ser elegidos por los grupos de ciudadanos directamente afectados, pues ello contradice el principio de responsabilidad del Gobierno sobre su funcionamiento, ya que entrega su gestión a aquéllos políticamente irresponsables por no comparecer en los procesos electorales. En este sentido, podría considerarse inconstitucional la solución arbitrada para la gestión de los centros escolares públicos por la Ley orgánica reguladora del derecho a la educación, en cuanto priva al Gobierno de poderes decisivos en el nombramiento y la remoción de sus directores (elegidos por la comunidad escolar), con lo que elimina su responsabilidad sobre el funcionamiento de los centros. En el caso de las Universidades, la autogestión se ampara en el reconocimiento constitucional expreso de su autonomía (art.27.10).

TEMA IX. COMPETENCIA Y RÉGIMEN DE LAS CORPORACIONES LOCALES

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1. AUTONOMÍA Y COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS.

Expone en este epígrafe Parada las competencias de los Municipios y cómo las mismas determinan un mayor o menor grado de autonomía de estas Corporaciones locales.

- *Los antecedentes.*

Históricamente, ni en Francia ni en España, puede hablarse de una verdadera autonomía de los municipios y Provincias, tanto por la falta de competencias exclusivas, como por el excesivo grado de control y tutela por el Estado.

El problema de la determinación de las competencias municipales, ausente en nuestros textos constitucionales, se ha remitido al legislador ordinario, con la excepción de la Constitución de 1812.

A partir del Estatuto Municipal de Clavo Sotelo (1924) se introduce una cláusula general de atribución de competencias que se ha mantenido en los textos posteriores.

La Ley de Régimen Local (1955), introduce la tesis de la competencia general del Municipio, al que se considera con aptitud para afrontar cualquier actividad siempre que se satisfaga los intereses propios de la comunidad.

La Ley no definía el ámbito material de su actividad, por lo que sólo se le atribuía una simple capacidad para realizar toda clase de actividades, pero sin impedir la reglamentación o la asunción directa de esas mismas actividades por el Estado.

- *La autonomía local tras la Constitución de 1978.*

Ésta se ha limitado a establecer que los municipios, como los entes territoriales, gozan de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos (art. 137). Ha remitido al legislador ordinario la determinación de la competencia de las Entidades Locales y no define constitucionalmente ningún ámbito material de actividad local.

Tampoco el Tribunal Constitucional ha definido de forma clara si la autonomía local se ha de garantizar legalmente mediante una tabla de competencias exclusivas de cada Ente Local o si la autonomía no es más que un derecho de participación en cada materia pública y proporcional al respectivo círculo de intereses.

El doble origen de la legislación local (responsabilidad del Estado y las CC.AA.) provoca en el sistema competencial un nuevo factor de desigualdad. Ésta sigue presente en la Ley 11/1999, de 21 de abril, que tiene como uno de sus objetivos, de acuerdo con el Pacto local, clarificar el ámbito competencial de la Administración local que permitiese resolver con mayor eficacia las demandas de los ciudadanos, mediante el acercamiento de la Administración a los mismos, así como la aplicación plena del principio de subsidiariedad.

C) La regulación de la Ley de Bases de Régimen Local.

La Ley comienza por establecer un **principio general de capacidad** del Municipio para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (que equivaler a al regla de capacidad de la anterior legislación).

Sigue con la alusión a las **competencias propias**, materias en las cuales la LBRL entiende que hay siempre un interés municipal y por eso impone a las leyes del Estado y de las CCAA que les atribuyan competencias. Estas materias son, entre otras: seguridad en los lugares públicos, protección civil, programación de la enseñanza, ocupación del tiempo libre y turismo: art.25). La Ley estatal o autonómica se encarga de determinar el alcance las competencias municipales respecto de estas materias.

Dentro de estas materias el art.26 califica una serie de ellas como **obligatorias o servicios mínimos** a prestar por los Municipios por sí o asociados con otros en función del número de habitantes del mismo. En todos los municipios serán así servicios mínimos: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable, alcantarillado y acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de los alimentos y bebidas.

Se busca una doble salida a los posibles incumplimientos:

- Se declaran dispensables por las CC.AA. las obligaciones mínimas cuando por sus características peculiares resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de estos servicios por el propio Ayuntamiento.
- Se establece que la ayuda de las Diputaciones Provinciales a los Municipios se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de estos servicios mínimos.

Los Municipios pueden, además, realizar **actividades complementarias** de otras administraciones públicas, en particular las relativas a la educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, sanidad y protección del medio ambiente.

Pueden desarrollar también **competencias por delegación**, siguiendo unas reglas:

- el acuerdo de delegación debe determinar el alcance, contenido, condiciones y su duración, junto con el control que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que ésta transfiera.
- La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el Municipio interesado y la previa consulta de la Comunidad Autónoma (que puede venir impuesta por la propia Ley).
- La Administración delegante podrá dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados y, en caso de incumplimiento o negativa, podrá revocar la delegación o ejecutar por sí mismo la competencia delegada.
- Los actos del Municipio se ajustarán a la legislación del Estado, CC.AA. o reglamento de la Entidad Local delegante.

2.- LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES

Su complejidad es mayor que respecto a las competencias municipales.

La LBRL refleja la complejidad que supone la creación de un nuevo nivel de Administración territorial para la delimitación de las competencias provinciales: la Provincia tiene que atender a los Municipios que la integran para compensar sus debilidades; además tiene que hacer de enlace entre los Municipios de su territorio y las otras Administraciones superiores. Se pretende que la Provincia sirva de brazo administrativo de las CC.AA. para evitar el nacimiento y desarrollo de una Administración periférica a ellas.

La LBRL declara competencias propias de la Provincia las que le atribuyen las Leyes del estado y de las CC.AA. sobre cualquier campo de actuación pública y en todo caso en estas materias:

- la ordenación de los servicios municipales entre sí., para la garantía de la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal.
- La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios (especialmente los de menor capacidad económica).
- La prestación de los servicios de carácter supramunicipal (en su caso supracomarcal).
- En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la Provincia.

Para ello la Provincia aprobará anualmente un Plan Provincial de cooperación alas obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los Municipios de la Provincia.

Los supuestos y condiciones de la Delegación de competencias se regulan en los mismos términos que para los Municipios; por tanto, la delegación es voluntaria.

Un último supuesto de actividad de las Diputaciones Provinciales es la gestión ordinaria de las competencias autonómicas, que las Islas y las Provincias podrán realizar la gestión ordinaria de los servicios propios de la Administración autonómica en los términos previstos en los Estatutos y la legislación de las CC.AA., además de las competencias propias y delegaciones.

En cambio, este supuesto se impone obligatoriamente y crea numeroso problemas constitucionales:

- su propia constitucionalidad: ¿cómo compatibilizar el principio de la autonomía local con la posibilidad de apropiación forzosa?
- Los derivados de la imputación de los costes de la actividad, grado de dependencia de la Provincia en la ejecución de las competencias autonómicas y consecuencias en caso de negativa de ejercitarlas o mala gestión.

3.- DE LA TUTELA DEL ESTADO A LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS

Si los controles y tutelas son muy fuertes la autonomía desaparece; si no hay posibilidad de control por los Entes territoriales superiores se corren los riesgos propios del cantonalismo local.

- *el control del Estado liberal sobre los Entes locales*

En este sistema las relaciones de las entidades Locales con el Estado son de clara subordinación. La superioridad de la Administración del Estado garantiza también la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y los servicios públicos y se erige como protectora de los derechos de los ciudadanos ante los eventuales excesos de los poderes locales.

Los principios y controles para asegurar la subordinación de los Entes locales al estado, parten de control sobre los titulares de los órganos de Gobierno. El control sobre la legalidad y oportunidad de la actividad de los Entes locales se ejercía a través de las formas de tutela de la anulación, la aprobación y la sustitución. Este régimen se mantuvo hasta la CE de 1978.

- *La tutela en la doctrina del Tribunal Constitucional.*

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 supone una condena de estas técnicas de tutela debido al cambio de las relaciones Estado-Entes locales, declarando en una de las sentencias de este Tribunal que una buena parte de la regulación de las medidas de intervención y tutela del Régimen Local de 1955 contraría a l principio de autonomía local.

El TC afirmó que el principio de la autonomía es compatible con la existencia de un control de LEGALIDAD sobre el ejercicio de las competencias de los Entes locales, si bien, es incompatible con controles genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades locales en una posición de subordinación y dependencia de la Administración del estado u otras entidades territoriales; los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales. En este caso, el control de legalidad puede ejercerse por la Administración del estado, aún cuando es posible su transferencia a las CC.AA.

- *La judicialización de las relaciones de control y tutela.*

El control del estado y de las CC.AA. sobre los entes Locales tiene como condiciones:

- Asegurar a la instancia controladora una adecuada información. se impone a las entidades Locales la obligación de remitir a las administraciones del Estado y de las CC.AA. Copia o extracto comprensivo de los actos y acuerdos de la misma (son responsables del cumplimiento de este deber el Presidente y los Secretarios).
- La facultad de la Administración del Estado y de las CC.AA. de recabar información concreta sobre la actividad municipal. No se prevén sanciones efectivas ante los posible incumplimientos.

La Ley contempla dos supuestos de control gubernativo directo:

- La disolución de los órganos de las Corporaciones locales (como competencia extraordinaria), procediendo inmediatamente después a la aplicación de la legislación electoral en relación con la convocatoria de elecciones parciales y a la provisional administración ordinaria de la Corporación. Esta medida sólo podrá acordarse en caso de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de obligaciones constitucionales. Se le atribuye al:
 - Consejo de Ministros , a iniciativa propia y con consentimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o también,
 - A solicitud de la Comunidad Autónoma previo acuerdo favorable del Senado.

- La sustitución de la actividad del ente local por la Administración del Estado o de las CC.AA. en el caso en el que una Entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley, de forma que afectara al ejercicio de las competencias de la Administración del Estado o de las CC.AA. y cuya cobertura económica estuviere legal o presupuestariamente garantizada. Previamente a este extremo se le dará a la Entidad local determinada un plazo de tiempo, nunca inferior a un mes, para su cumplimiento.

Fuera de estos supuestos extraordinarios no hay más controles que los de legalidad que deben actuarse ante la Jurisdicción Contencioso– administrativa en los siguientes casos:

- si el acto de una Entidad local infringe el ordenamiento jurídico. La Administración del Estado o de las CC.AA. puede:
 - requerir la anulación de dicho acto, de forma motivada, o
 - sin necesidad de requerimiento, impugnarlo directamente ante la Jurisdicción Contencioso–administrativo.
- si el acto o acuerdo de la Entidad local menoscaba la competencia del Estado o de las CCAA interfiriendo su ejercicio o excediéndose en la competencia. En este caso, cabe la impugnación por aquéllas en plazo de quince días, debiendo precisar la lesión o extralimitación competencial que la motiva.
- Si el acto o acuerdo atenta gravemente al interés general de España, el Delegado del Gobierno, previo requerimiento del Presidente de la Corporación, y en caso de no ser atendido, podrá suspenderlo y adoptar las medidas pertinentes a la protección de dicho interés. El plazo concedido no será superior a cinco días y el del ejercicio de la facultad de suspensión de diez días. Acordada la suspensión de un acto o acuerdo el Delegado del Gobierno deberá impugnarlo en el plazo de diez días desde la suspensión ante la Jurisdicción Contencioso– administrativa.

4.– EL STATUS DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

La nueva regulación pretende que los miembros de las Corporaciones Locales se profesionalicen al máximo, abandonando la concepción honorífica del cargo municipal. Se articula así dos tipos de medidas:

- Facilitar el acceso de los vecinos a los cargos locales mediante la reserva de sus puestos de trabajo en el sector público o privado, pasando a la situación de servicios especiales, cuando sean funcionarios de la propia Corporación o de otras Administraciones Públicas y desempeñen el cargo para el que han sido elegidos con retribución y dedicación exclusiva. A los miembros que no tengan esta dedicación se les garantiza, durante el mandato, la permanencia en el centro público o privado de trabajo del que procede.
- Retribuirlos siguiendo las siguiente reglas:
 - percibirán retribuciones por el ejercicio de su cargo cuando lo desempeñen con dedicación exclusiva, siendo dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.
 - Podrán percibir indemnizaciones por la cuantía y condiciones que acuerde el Pleno de la Corporación.
 - Podrán disponer del tiempo necesario para la asistencia a las sesiones del Pleno de la Corporación o de las Comisiones y Delegaciones de que forme parte (denominado tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo)

Para asegurar la ética e imparcialidad en el comportamiento de los miembros de las Corporaciones locales se crea en cada Corporación un Registro de intereses, obligándoles antes de la toma de posesión de su mandato o variación durante el mismo, a declarar sus bienes y sus actividades privadas que les proporcionen o pueden proporcionarles ingresos económicos o afecten el ámbito de competencias de la Corporación.

Existe, además, un deber de abstención de participar, votar, decidir o ejecutar algún asunto cuando concurren causas de incompatibilidad a que se refiere la Ley de Procedimiento Administrativo o la Ley de Bases de

A propósito de sus responsabilidades, la Ley de Bases recoge la regla general de que los miembros de los órganos colegiados, son responsables de los actos y acuerdos que hayan votado favorablemente. Reitera las reglas generales de responsabilidades de autoridades y funcionarios:

- Responsabilidad civil y penal frente a los particulares por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus cargos y exigible ante los Tribunales ordinarios.
- Responsabilidad directa frente a la Corporación, cuando por dolo o culpa grave hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.
- A modo de responsabilidad disciplinaria, se faculta a los Presidentes de las Corporaciones locales para sancionar con multa a sus miembros, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones según lo establecido en la Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, el Estado.

5.- RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES LOCALES

La LBRL regula el régimen de: sesiones, acuerdos, aprobación de ordenanzas, conflictos, responsabilidad. Éste ha sido modificado por la Ley 11/1999, de 21 de abril.

- *Convocatoria de las Sesiones*

Las sesiones que celebran los órganos colegiados de las Entidades locales pueden ser:

- *ordinarias;*
 - la periodicidad de las sesiones ordinarias depende de la importancia del Municipio y nunca será superior a los tres meses..
 - La convocatoria debe hacerse con dos días hábiles de antelación. Se informará a los miembros de la Corporación de la sesión (derecho de información), quienes dispondrán de la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día.
- *Extraordinarias*, cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación (ningún concejal podrá solicitar más de tres en un año).
 - Su celebración no se demorará más de quince días hábiles desde su solicitud. Si el presidente no convoca el Pleno extraordinario solicitado quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de finalización del primer plazo. El orden del día no incluirá más asuntos que los que autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.
 - La convocatoria de sesiones extraordinarias urgentes deberá ser ratificada por el Pleno.
 - En ausencia del Presidente y su sustituto el Pleno queda válidamente constituido siempre que concurra un tercio, nunca inferior a tres y que debe mantenerse toda la sesión, que será presidida por el miembro de la Corporación de más edad.

En cuanto a la publicidad, tanto las sesiones ordinarias como las extraordinarias, será públicas las del Pleno y no las de las Comisiones del Pleno. Como excepción, se admite que puedan ser secretos el debate la votación en los asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos (art. 18.1 de la CE) cuando así lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta.

- *Grupos políticos.*

La Ley 11/1999 de Modificación de la LBRL para reforzar el control de la Corporación ha regulado los

grupos políticos a efectos de su participación en los órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno y al seguimiento de la gestión del Presidente, la Comisión de Gobierno y los Diputados que ostenten delegaciones. (siempre que la respectiva regulación autonómica no prevea una forma organizativa distinta en este ámbito).

- *Régimen de acuerdos.*

La LBRL establece las siguientes reglas:

- el Pleno se constituye válidamente con la asistencia de un tercio del número legal de miembros del mismo, nunca inferior a tres. Este quórum se mantendrá durante toda la sesión, a la que asisten necesariamente el Presidente y el secretario de la Corporación, o sus sustitutos.
- La adopción de acuerdos es a través de votación directa, salvo que el Pleno acuerde, para un caso concreto, la votación nominal. El voto puede ser positivo o negativo y la abstención está admitida. La ausencia de diputados a la sesión se consigna como abstención. En caso de empate decidirá el voto de calidad del Presidente.
- Se requiere quórum especial (consistente en el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta de l número legal de los concejales) para:
 - Creación/supresión de Municipios o alteración de los términos municipales;
 - Creación/modificación/ supresión de Entidades inframunicipales;
 - Aprobación de la delimitación de término municipal;
 - Alteración del nombre o capitalidad del Municipio.
- Quórum especial pero limitado a la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación para, entre otros acuerdos:
 - Aprobación y modificación del reglamento orgánico;
 - Transferencias de funciones o actividades a otras Administraciones Públicas.
 - Cesión del aprovechamiento de bienes comunales
 - Aprobación de operaciones financieras, etc

- *Régimen de actos y ordenanzas*

Su carácter es complementario al régimen de sesiones y acuerdos.

Aprobación de las Ordenanzas locales:

Su procedimiento es una versión simplificada del establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo para la aprobación de disposiciones de carácter general:

- Se inicia con la aprobación del Pleno.
- Sigue un trámite de información pública y audiencia de los interesados por plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- Finaliza con la resolución de éstas y la aprobación definitiva por el Pleno.

En los **conflictos de atribuciones** la regla es:

- 1.– los surgidos entre órganos y Entidades dependientes de una misma Corporación local se resolverán por Pleno si se trata de conflictos entre órganos colegiados o miembros de éstos o de Entidades inframunicipales y por el Alcalde o Presidente de la Corporación, en el resto de los supuestos.
- 2.– los surgidos entre diferentes Entes locales se resuelven por la Administración de la Comunidad Autónoma o por la del Estado, si pertenece a distintas Comunidades, sin perjuicio de la impugnación posterior contencioso– administrativa.

Las **resoluciones que ponen fin a la vía administrativa** para su ulterior impugnación contencioso-administrativa son:

- las del Pleno, Alcaldes o presidentes y las Comisiones de Gobierno. En casos excepcionales, una ley sectorial puede requerir la aprobación ulterior de la Administración del Estado o Comunidad Autónoma.
- Las autoridades y órganos inferiores que resuelvan por delegación del Alcalde, Presidente u otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a esta vía.
- Las de cualquier autoridad u órgano cuando lo establezca una disposición legal.

- *Impugnación de actos, acuerdos y ejercicio de acciones.*

Además de las personas legitimadas en el régimen del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales:

- El Estado y las CC.AA. como privilegio se establece la posibilidad de que soliciten ampliación de información, interrumpiéndose al plazo para formular el requerimiento previo a la interposición del recurso.
- los miembros de las Corporaciones que hayan votado en contra de tales actos y acuerdo (excepción al principio de que las minorías deben acatar los acuerdos de las mayorías).
- Los vecinos a los que se les permite ejercer en nombre de la Entidad local las acciones precisas en defensa de los bienes y derechos de éstas, cuando, previo requerimiento, las Entidades no lo hubieran ejercitado. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.

TEMA V.– LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1.– CARACTERIZACION GENERAL

La Administración del Estado es aquella parte de la Administración Pública, identificada con el poder ejecutivo, que tiene a su cargo la gestión en todo el territorio nacional de aquellas funciones y servicios que se consideran fundamentales para la existencia misma de la comunidad nacional.

En los **orígenes** modernos de la Administración española es manifiesta la influencia francesa. De Francia hemos importado instituciones como el Gobernador civil, la división provincial, el Consejo de Estado, el establecimiento público, los cuerpos de funcionarios o la figura de los Secretarios de Estado, aunque estos elementos han tenido en nuestro país una versión o evolución propia.

Los órganos que componen la Administración del Estado pueden **clasificarse** en:

- Organos de la Administración central, con competencia en todo el territorio nacional, y órganos periféricos o territoriales, con competencias reducidas a una parte de aquél.
- Organos de la Administración activa y órganos consultivos (Consejo de Estado, Secretarías Generales Técnicas). Los órganos estatales dotados de personalidad jurídica que constituyen la Administración especializada o institucional se estudiarán en otro Tema.

La regulación de la Administración del Estado se contiene en dos leyes de 1997:

- Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE).

- Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

Entre las reglas y principios generales que contienen estas normas pueden destacarse las siguientes.

- *Reglas generales descriptivas*: La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo. Esta Administración está constituida por órganos jerárquicamente ordenados y actúa con personalidad jurídica única (art. 2 LOFAGE).
- *Principios de organización y funcionamiento*, encuadrables en el género de las buenas intenciones, como son, p.ej., eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, servicio efectivo a los ciudadanos, objetividad y transparencia de la actuación administrativa o cooperación y coordinación con otras Administraciones Públicas.
- *Conceptos básicos para entender y ordenar la organización administrativa del Estado*:
 - Unidades administrativas: constituyen la estructura primaria o básica de la Administración. Se trata de puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de su cometidos y orgánicamente por una jefatura común.
 - Organos: son las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo. Se clasifican en:
 - Organos Superiores: los Ministros y los Secretarios de Estado.
 - Organos Directivos: en la Administración Central: los Subsecretarios y Secretarios Generales, los Secretarios Generales Técnicos y Directores generales y los Subdirectores generales. En la organización territorial o periférica: los Delegados del gobierno en las CCAA y los Subdelegados del Gobierno en las provincias. En la Administración General del Estado en el exterior: embajadores y representantes permanentes ante organizaciones territoriales.

Corresponde a los Organos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución.

Los Ministros y Secretarios de Estado son nombrados y separados por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno. No se requiere ningún requisito de mérito o capacidad, sólo ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo y no estar inhabilitado para ejercer cargo público. Los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las CCAA o de las entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado o equivalente.

2.- EL GOBIERNO Y SU PRESIDENTE

El Gobierno es el órgano titular del poder ejecutivo y supremo órgano de la Administración del Estado. De acuerdo con la Ley, el Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros (art.1.2 de la Ley del Gobierno).

La **formación** del Gobierno se inicia mediante el otorgamiento de la confianza parlamentaria por el Congreso de los Diputados a un determinado candidato. Nombrado Presidente, éste propone el nombramiento de los restantes miembros del Gobierno al Rey, que se quien formalmente nombra a los Ministros, aunque sin poder decisorio ni de veto. El **cese** del Gobierno se produce bien tras la celebración de elecciones generales, o bien por fallecimiento, dimisión o pérdida de la confianza parlamentaria por el Presidente. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

- **El Presidente.**

En la figura del Presidente puede afirmarse que se concreta todo el poder del Gobierno: solamente a él se le otorga y retira la confianza parlamentaria y es el quien, de hecho, nombra y destituye a los demás miembros del Gobierno.

El proceso de **nombramiento** del Presidente se inicia con la propuesta por el Rey de un candidato, previa consulta a los grupos políticos con representación parlamentaria. El candidato deberá exponer, ante el Congreso de los Diputados, el programa político del Gobierno que pretende formar y solicitar la confianza de la Cámara. Previo el correspondiente debate, se entiende otorgada la confianza en primera votación por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara y, en segunda, celebrada 48 horas después, por mayoría simple.

El **cese** del Presidente tiene lugar por las causas ya expuestas. La pérdida de confianza parlamentaria puede producirse por la adopción de una moción de censura (debe proponerse por la décima parte de los Diputados e incluir en ella un candidato a la Presidencia del Gobierno, si es adoptada, para lo que se requiere mayoría absoluta, el candidato se entiende automáticamente investido de la confianza de la Cámara con lo que el Presidente censurado cesará en el cargo), o bien por el rechazo o votación negativa de una cuestión de confianza planteada por el propio Presidente (la confianza se entenderá otorgada cuando vote a su favor la mayoría simple de los diputados, pero si no se obtiene el Presidente debe presentar su dimisión al Rey).

Las **funciones** del Presidente pueden englobarse en tres grandes atribuciones:

1.– *El Presidente determina la estructura orgánica y funcional del Gobierno*, en cuanto ostenta la competencia de establecer la planta ministerial mediante Real Decreto del Presidente, y es quien efectivamente decide sobre el nombramiento de los demás miembros del Gobierno, pues aunque formalmente lo realice el Rey no puede oponerse a la propuesta.

2.– *El Presidente representa al Gobierno y a la política gubernamental*, pues actúa por y en nombre del Gobierno en las relaciones de éste con los restantes órganos constitucionales del Estado, comprometiendo en sus actuaciones la responsabilidad de aquél.

3.– *El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de sus miembros*. Es su competencia fundamental. En un plano formal, le corresponde convocar y presidir sus sesiones, fijar su orden del día y dirigir sus deliberaciones. En un plano material, establece el programa político del Gobierno, sobre el que el Congreso emite su confianza en la sesión de investidura, determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento. El Presidente ejerce también otras funciones de orden constitucional, como refrendar los actos del Rey, proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso.

• Los Vicepresidentes.

La Constitución se refiere al Vicepresidente o Vicepresidentes dejando claro el carácter potestativo de su creación (art. 98). La Ley del Gobierno determina que al Vicepresidente o Vicepresidentes, cuando existan, les corresponderán las funciones que les encomiende el Presidente, asignándoles en todo caso, la función de sustitución del mismo en los casos de vacante, ausencia o enfermedad (arts. 3 y 13). La experiencia de la utilización de esta figura demuestra que los Vicepresidentes actúan bien como segundos presidentes, como su *alter ego*, o como superministros coordinadores de determinadas áreas políticas o económicas.

3.– DEPARTAMENTOS MINISTERIALES Y MINISTROS

Bajo la autoridad del Gobierno, la Administración Central del Estado se organiza en Ministerios, que son organizaciones con responsabilidad sobre grandes áreas de acción política y gestión administrativa, que a su

vez se integran por las Direcciones Generales, que son órganos especializados en la gestión administrativa sectorial del Ministerio.

Al frente de cada Ministerio está un Ministro y, además, se admite la figura de los Ministros sin cartera, a los que, como dice la Ley del Gobierno, se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales.

La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establece mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno. Conforme a la más reciente regulación, los Departamentos ministeriales son los siguientes: Justicia, Defensa, Economía y Hacienda, Interior, Fomento, Educación y Cultura, Trabajo y Asuntos Sociales, Industria y Energía, Agricultura, Pesca y Alimentación, Presidencia, Administraciones Públicas, Sanidad y Consumo, y Medio Ambiente (RD 758/1996, de 5 de mayo).

Los Ministerios cuentan con los siguientes órganos:

- para la gestión de los servicios comunes, una Subsecretaría y, dependiendo de ella, una Secretaría General Técnica.
- Para la gestión de un sector de la actividad administrativa pueden tener Secretarías de Estado y, excepcionalmente, Secretarías Generales.
- Para la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas todos los Ministerios se organizan en Direcciones Generales, cuyos titulares dependen jerárquicamente del Ministro o, en caso de existir, de los Secretarios de Estado. Las Direcciones Generales se organizan a su vez en Subdirecciones Generales para la distribución de las competencias encomendadas a aquéllas, la realización de las actividades que les son propias y la asignación de objetivos y responsabilidades.

Todos estos órganos se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas. Los órganos de nivel inferior a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por orden del Ministro respectivo, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, y las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo.

En cuanto a las funciones de los Ministros, además de que les corresponden como miembros del Gobierno, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento, refrendar los actos del Rey en materia de su competencia, y ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones.

4.- SECRETARIOS DE ESTADO

Los Secretarios de Estado son un órgano de reciente implantación en nuestro sistema, copiado de otro de igual denominación de la Administración francesa. El Real Decreto– Ley de 4 de julio de 1977 que introdujo esta figura en nuestra Administración lo calificó como órgano intermedio entre el Ministro y el Subsecretario. Como ya hemos dicho, han sido creados ante el crecimiento del aparato burocrático del Estado, y se encargan de dirigir y coordinar un sector determinado del total de competencias y servicios de un Ministerio de la Presidencia del Gobierno, lo que permite unificar en un mando común áreas de competencias homogéneas dentro de los Departamentos con competencias múltiples (por ejemplo, el de Economía y Hacienda), y que hubieran precisado de otro modo su elevación a rango ministerial.

Los Secretarios de Estado dirigen y coordinan las Direcciones Generales situadas bajo su dependencia y responden ante el Ministro de la ejecución de los objetivos fijados para la Secretaría de Estado,

correspondiéndoles, entre otras, las siguientes funciones:

- Ejercer las competencias sobre el sector de actividad administrativa asignado que les atribuya la norma de creación del órgano o que les delegue el Ministro.
- Ejercer las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección.
- Nombrar y separar a los subdirectores generales de la Secretaría de Estado.
- Mantener relaciones con los órganos de las CCAA competentes por razón de la materia.

Los Secretarios de Estado pueden asistir a las reuniones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas, para informar cuando sean convocados.

5.- COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO

Se trata de comités reducidos de Ministros (y, excepcionalmente, de otros altos cargos departamentales), de carácter sectorial. Se rigen por las mismas reglas del Consejo de Ministros, como las del secreto y el contenido de las actas. Tienen tres tipos de funciones:

- Una *función coordinadora* de la actuación de los Ministerios cuyos titulares las integran, correspondiéndoles examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios Departamentos Ministeriales que integren la Comisión.
- Una *función de preparación* de las tareas del Gobierno, consistente en el estudio de aquellos asuntos que exijan la elaboración de una propuesta conjunta de varios Ministerios al Consejo de Ministro.
- Una *función desconcentradora* de los trabajos del Gobierno, mediante la resolución de aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, no requieren la decisión de aquél.

La creación, modificación y supresión de las Comisiones Delegadas del Gobierno será acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, a propuesta del Presidente del mismo. En la actualidad, son seis. Política Exterior, Seguridad del Estado, Asuntos Económicos, Política Autonómica, Asuntos Culturales y para Situaciones de Crisis.

6.- SUBSECRETARIOS Y SECRETARIOS GENERALES

El **Subsecretario**, figura creada en el primer tercio del siglo XIX, es un órgano directivo que actúa como un jefe de los denominados servicios comunes de los Ministerios, esto es, de los servicios generales e instrumentales del mismo, como son: los recursos humanos (desempeña la jefatura superior de todo el personal del Ministerio), los medios económicos (de él depende la Oficina Presupuestaria del Departamento), los medios materiales (gestión de inmuebles adscritos al Ministerio, adquisición de material, servicios de comunicaciones etc.), y los servicios de asesoría jurídica (de él dependen el Servicio Jurídico del Departamento y la unidad central de recursos). Es, dicho en sentido figurado, una suerte de gerente interno del Departamento.

El nombramiento de los Subsecretarios, que corresponde al Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio, debe efectuarse con arreglo a criterios de competencia profesional y experiencia, y recaer en funcionarios de carrera del Estado, de las CCAA o de las entidades locales a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

La figura del **Secretario General** se admite con carácter excepcional si así lo prevén las normas que regulan la estructura de un Ministerio. Es un órgano de coordinación sectorial de varias Direcciones Generales y, en cuanto a su categoría y requisitos para su nombramiento se asimila a la figura del Subsecretario.

7.- LAS DIRECCIONES GENERALES Y LAS SECRETARÍAS GENERALES TÉCNICAS

Los **Directores Generales** existen en todos los Ministerios (a diferencia de los Secretarios de Estado y los Secretarios Generales, que existen en unos y en otros no). Son los titulares de las Direcciones Generales que son, como hemos expuesto, órganos especializados en la gestión administrativa sectorial del Ministerio. Son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Ministerio de acuerdo con criterios de competencia profesional y entre funcionarios de carrera del Estado, de las CCAA o de las entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el RD de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario

De acuerdo con la LOFAGE, los **Secretarios Generales Técnicos**, bajo la inmediata dependencia del Subsecretario, tendrán las competencias sobre servicios comunes que les atribuya el Real Decreto de estructura del Departamento y, en todo caso, las relativas a producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones. En la práctica, los Secretarios Generales Técnicos desempeñan múltiples funciones de asistencia técnica al Subsecretario y al Ministro en ámbitos sumamente variados, de entre las cuales pueden destacarse dos:

- La preparación, en colaboración directa con el Subsecretario, de las sesiones del Consejo de Ministros y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, fundamentalmente en lo que a textos normativos se refiere.
- La colaboración en las tareas de relación parlamentaria, pues es frecuente que este órgano centralice las comunicaciones con las Cámaras legislativas (a efectos, por ejemplo, de contestación de las preguntas y solicitudes de información dirigidas al Ministro).

Los Secretarios Generales Técnicos tienen a todos los efectos la categoría de Director General. Son nombrados y separados por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro respectivo entre funcionarios de carrera del Estado, de las CCAA o de las entidades locales a los que se exige para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

8.- LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO

Para que la acción política y administrativa del Estado llegue a todo el territorio nacional, junto a las organizaciones administrativas centrales son precisos otros órganos de competencia limitada a una parte de aquél y jerárquicamente subordinados a los órganos centrales. A este efecto el territorio nacional se divide en circunscripciones de extensión variable, con capitalidades diversas, en donde los órganos periféricos estatales establecen su sede.

La más importante división territorial ha sido, sin duda, la Provincial, cuyos orígenes se remontan a la Constitución de Cádiz y que fue efectivamente establecida por el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 obra de Javier de Burgos. Con base provincial se establecieron los más importantes órganos estatales periféricos, como el Gobernador Civil y las Delegaciones de los Ministerios. Para determinados servicios se crearon también, sin embargo, niveles de Administración periférica de ámbito supraprovincial (Audiencias Territoriales en la Administración de Justicia o Capitanías Generales en la Militar) o infraprovincial (Registros de la Propiedad o Juzgados de Primera Instancia e Instrucción).

Además de estas circunscripciones, hay que señalar que a nivel municipal tanto el Alcalde como la organización municipal que le estaba subordinada actuaban como agentes de la Administración del Estado, gracias a la fórmula del doble carácter del Alcalde, en función de la cual éste era, por una parte, el Presidente del Ayuntamiento y Jefe de la Administración municipal y, por otra, representante del Estado en el Municipio.

La Constitución de 1978 va a introducir cambios en esta Administración periférica del Estado:

- Con el Estado de las Autonomías se crea por la CE (art.154) la figura del Delegado del Gobierno en las CCAA, para dirigir la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma y coordinarla, cuando proceda, con la Administración propia de la Comunidad.
- Algunas Delegaciones Ministeriales y otros organismos estatales han sido traspasados en todo o en parte a las CCAA.
- Un entendimiento radical del principio de la autonomía municipal ha llevado a suprimir el carácter de representante del Estado que el Alcalde ostentaba en el Municipio.

9.- DELEGACIONES GENERALES DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES

De acuerdo con la LOFAGE los Delegados del Gobierno en las CCAA representan al Gobierno en el territorio de aquéllas, sin perjuicio de la representación ordinaria del Estado en las CCAA a través de sus respectivos Presidentes. Ejercen la dirección y la supervisión de todos los servicios de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos situados en su territorio, en los términos de esta Ley.

Los Delegados del Gobierno son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno. Se trata de un cargo que existe, claro está, en las 17 CCAA, teniendo su sede en la localidad donde radique el Consejo de Gobierno de cada una de ellas. Los Delegados dependen de la Presidencia del Gobierno, correspondiendo al Ministro de Administraciones Públicas dictar las instrucciones precisas para la coordinación de la Administración General del Estado en el territorio, y al Ministro del Interior impartir las necesarias en materia de libertades públicas y seguridad ciudadana. Todo ello se entiende sin perjuicio de la competencia de los demás Ministros para dictar las instrucciones relativas a sus respectivas áreas de responsabilidad.

Las **competencias** de los Delegados del Gobierno enunciadas por la LOFAGE, pueden agruparse en tres grandes apartados:

1.- El Delegado del Gobierno es *el representante del Gobierno en el territorio de cada Comunidad Autónoma* y en su condición de tal le corresponde:

- Proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a través de los Subdelegados del Gobierno y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuya jefatura le corresponde.
- Velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas al Estado y por la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legales legalmente procedentes.
- Ejercer las potestades sancionadoras, expropiatorias y cualesquiera otras que le confieran las normas.

2.- El Delegado del Gobierno *dirige la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma*, y para ello le corresponde:

- Dirigir los servicios de la Delegación del Gobierno: nombra a los Subdelegados del Gobierno en las provincias, dirigiendo y coordinando como superior jerárquico la actividad de aquéllos; e informa las propuestas de nombramiento de los titulares de órganos territoriales de la Administración General del Estado no integrados en la Delegación del Gobierno.
- Dirigir, directamente o a través de los Subdelegados del Gobierno en las provincias, los servicios territoriales integrados en las Delegaciones del Gobierno, de acuerdo con los objetivos e instrucciones de los órganos superiores de los respectivos Ministerios.

3.- El Delegado del Gobierno *coordina la Administración periférica del Estado con la propia de la Comunidad Autónoma y de las Entidades locales*, correspondiéndole mantener las necesarias relaciones de cooperación y coordinación y, a tal efecto, comunicar y recibir cuanta información precisen el Gobierno y el

órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma y las Entidades locales en su territorio. La experiencia de estos años demuestra que esta función de coordinación del Delegado no resulta muy efectiva, pues los Presidentes y Consejeros autonómicos suelen relacionarse directamente con los ministros o Presidente del Gobierno y para la coordinación sectorial ya se dispone del cauce institucional específico que son las Conferencias Sectoriales.

10.- SUBDELEGADOS DEL GOBIERNO

La figura del Gobernador Civil en la Provincia ha sido la pieza más relevante de la Administración periférica del Estado hasta la Constitución de 1978, que con la creación de la figura del Delegado del Gobierno en las CCAA le ha restado importancia, lo que se ha intensificado con la LOFAGE, que cambia su nombre por el más modesto de Subdelegado del Gobierno y los convierte en funcionarios, haciéndoles perder su sustancia política.

Históricamente, la figura del Gobernador civil surge por la importación en el siglo XIX de una institución francesa de creación napoleónica, el Prefecto. Aunque la figura se creó para desempeñar funciones predominantemente administrativas (dirigidas al fomento de la riqueza y el bienestar público), la turbulencia de la vida política de la época llevaría a su politización, de tal forma que los Gobernadores se dedicarían, casi en exclusiva, a la gestión y manejo electoral, al control de las corporaciones locales y a la jefatura del orden público. La pérdida de importancia que trae a esta figura el proceso autonómico, con la aparición del Delegado del Gobierno en las CCAA y la transferencia a las CCAA de muchas competencias de ejecución, antes encomendadas a los servicios periféricos del Estado, unida a la animosidad tradicional que algunos partidos nacionalistas y de izquierda experimentaban hacia esta figura (los primeros, por considerarle como el símbolo por excelencia del Estado centralista; los segundos, como la representación viva del Estado autoritario), llevaron a la LOFAGE a cambiar el perfil de la Administración periférica estatal en dos líneas básicas:

- Convirtiendo al Delegado del Gobierno en las CCAA en la figura clave de la organización territorial del Estado, reconvirtiendo su anterior papel meramente representativo en una figura de gestión y coordinación de la Administración periférica.
- Devaluando la figura de los Gobernadores civiles, que pierden su solemne denominación por la más modesta de Subdelegados del gobierno en las provincias y se funcionarizan, con lo que se quiere que pierdan su carácter político.

Los Subdelegados del Gobierno en las provincias constituyen por tanto en la actualidad el segundo de los escalones orgánicos de función representativa y coordinadora general de la Administración periférica, tras el Delegado del Gobierno, al cual se encuentran formalmente subordinados.

El Subdelegado del Gobierno no es un órgano de implantación general, pues en las CCAA uniprovinciales no existe y sus funciones son ejercidas por el Delegado del Gobierno en la misma. En las CCAA pluriprovinciales, el Subdelegado del Gobierno tiene su sede en la capital de la provincia y extiende su competencia al territorio de ésta.

El Subdelegado del Gobierno es nombrado por el Delegado del Gobierno, mediante Resolución publicada en el BOE, por el procedimiento de libre designación entre funcionarios de carrera del Estado, de las CCAA o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

Las funciones del Subdelegado del Gobierno son una reproducción, a escala provincial, de las confiadas al Delegado y han de ejercerse bajo la dirección e instrucciones del mismo. Así, le corresponde:

- Dirigir los servicios territoriales de la Administración General del Estado integrados en la Delegación

del Gobierno así como impulsar, supervisar e inspeccionar los servicios no integrados.

- Mantener relaciones de comunicación, cooperación y colaboración con los órganos territoriales de la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma que tengan su sede en el territorio provincial, así como con las Corporaciones locales.
- En las provincias en las que no radique la sede de las Delegaciones del Gobierno, le corresponde realizar las funciones de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana y dirigiendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la provincia, y de dirigir y coordinar la protección civil en el ámbito de la Provincia.

TEMA VI.- LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.- NIVELES DE ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL

Sobre un mismo territorio pueden establecerse una o varias administraciones públicas.

De una sola Administración sobre un territorio se ha pasado, en menos de dos siglos, a la situación actual: sobre un mismo territorio y unos mismos ciudadanos actúan hasta seis Administraciones Territoriales diversas, que se superponen de menor a mayor ámbito territorial y más importantes competencias, formando una estructura piramidal, cuya base son los Municipios y su cúspide es la Administración del Estado. A estas hay que añadir una estructura supraestatal: la Administración de las Comunidades Europeas.

Esta sucesiva superposición es consecuencia histórica de la creación de nuevas Administraciones sin la supresión de otras. El fenómeno del crecimiento de organizaciones públicas sólo se explica analizando los orígenes de la Administración contemporánea y su evolución posterior.

2.- GENERALIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE MUNICIPIOS. SUS ORÍGENES REVOLUCIONARIOS

El actual elevado número de municipios tanto en Francia (más de 36.000) como en España (más de 8.000) es consecuencia de la definición que el municipio recibió en los orígenes del estado moderno, en función de un mínimo de población y no de un mínimo de extensión territorial.

Antes de la Revolución francesa de 1789 el Municipio como organización administrativa dotada de potestades de gobierno sólo existía en las villas, no en el campo. Los núcleos rurales sólo disponían de una organización informal, sin personalidad jurídica. Esa realidad discriminatoria era incompatible con las ideas de igualdad de la revolución Francesa que abolió los privilegios de villa y comunidades de habitantes, lo que obligó a redefinir el concepto de Municipio.

Los antecedentes doctrinales se orientaban en favor de definir el municipio conforme a un amplio criterio territorial y poblacional que les garantizase ciertas dimensiones, tanto de su territorio como de su población, por lo que se postulaba agrupar un mínimo de población para constituir una administración viable. Fruto de estas doctrinas fue la concepción del Gran Municipio que defendió Thouret en la Asamblea Nacional en 1789, que se consideraba que prevenía el peligro del caciquismo local. Esta propuesta fue criticada por quienes argumentaban que implicaba el establecimiento de su capital en una villa, con lo que las zonas rurales, más pobres, serían subyugadas y víctimas de la más rica. Esta tesis triunfaría finalmente, y la Asamblea se decantó por establecer una municipalidad, una organización administrativa independiente, sobre cualquier núcleo de población por mínimo o reducido que fuese, lo que produjo la gran proliferación de municipios que sufre actualmente el país galo.

3. GENERALIZACIÓN, UNIFORMISMO Y PREVALENCIA DEL CRITERIO DEMOGRÁFICO

SOBRE EL TERRITORIAL EN EL MUNICIPALISMO ESPAÑOL. EXCEPCIONES.

En España, la desigualdad, la falta de uniformidad de la organización municipal eran patentes en el siglo XIX. En la Constitución de Cádiz de 1812, la fórmula constitucional que se utilizó contra ese desorden fue la generalización de un régimen uniforme de organización municipal, inspirada en la de la Asamblea Constituyente Francesa de 1789, en virtud de la cual toda comunidad o todo pueblo tenía derecho a erigirse en Municipio y disponer de una organización administrativa, sin referencia a un mínimo poblacional o territorial.

La legislación posterior siguió la misma línea, y así, el Real Decreto de 1835 sobre Arreglo Provisional de los Ayuntamientos del Reino, reconoció el derecho a tener Ayuntamiento propio a los núcleos siempre que su población llegase a los 100 vecinos, disponiendo que lo conservarían los pueblos que lo tuvieran, aunque no llegasen a ese mínimo. La fijación de un número de habitantes tan exiguo como criterio para establecer Municipios resultaba impracticable en zonas muy densamente pobladas, constituidas por pequeños núcleos con escasa distancia entre ellos, como ocurre en Galicia. Para estos casos, esta norma introdujo un criterio territorial en virtud del cual si la población estuviese dispersa y sin centro de reunión se marcaría el territorio correspondiente a cada Ayuntamiento (que no debía exceder de cuatro leguas de cuadro ni de una población de 500 vecinos), lo que permitió evitar en estas regiones una multiplicación descontrolada de los municipios en estas zonas.

4.- CENTRALISMO REVOLUCIONARIO Y DIVISIÓN DEPARTAMENTAL Y PROVINCIAL

Al contrario de lo ocurrido con el Municipio, el territorio juega un papel determinante en la configuración del Departamento francés y de la Provincia española, que sigue fielmente los pasos de aquél. La creación de los Departamentos franceses (por una Ley de 1789), que sustituyeron la antigua división en Provincias, respondió a una operación centralizadora y uniformizadora, y el criterio adoptado fue que la división territorial permitiera acercar la Administración a los ciudadanos, de tal manera que éstos, en un solo día y desde las zonas más alejadas de la capital del departamento, pudieran llegar a ésta en una sola jornada, despachar sus asuntos y retornar a su domicilio en otra jornada.

La creación del Departamento no se apoyó en una muy definida comunidad de intereses. Fue una creación artificial, aunque tampoco se hizo una pura división geométrica del territorio, pues se tuvieron en cuenta, previa consulta a las provincias, las peculiaridades de los habitantes y sus lazos de solidaridad.

En España es clara la influencia de este modelo departamental. Primero por obra de José Bonaparte que dividió España en 38 departamentos, que denominó Prefecturas y que inspirarán las divisiones posteriores. Después, las Cortes de Cádiz asumirán la filosofía centralizadora de la división territorial y del esquema del Departamento francés, que pasa a denominarse aquí Provincia. Con la división provincial se perseguían fines de uniformidad organizativa y refuerzo en la unidad de la conciencia española frente a la antigua variedad.

La crisis de la Constitución de Cádiz provocó la inoperancia de esta división, pero por Decreto gubernamental se aprobará en 1833 la división provincial definitiva debida a Javier de Burgos. Esta división es más respetuosa con los límites históricos, pues se parte de los reinos dividiéndolos en más o menos provincias según su extensión. No fue por tanto una división artificial como en Francia, y la provincia española resultante se presenta, más que como una división del territorio de España, como una división interna de sus viejos reinos, algunos de los cuales, como Navarra o las provincias vascas, mantienen sus antiguos límites.

La provincia fue afirmándose a lo largo del siglo XIX y en el XX con un doble carácter: de división territorial del Estado y de Corporación Local. En el primer concepto sirvió para el establecimiento de los servicios del Estado que fueron asentando en la capital provincial sus respectivas sedes, como los gobiernos civiles y las Delegaciones ministeriales. Como Ente territorial o Corporación local, la provincia fue destacándose paulatinamente sobre la base de definir unos intereses provinciales como diversos de los municipales y estatales, consistentes fundamentalmente en la gestión de determinados servicios públicos, sobre todo de

índole asistencial, benéfica y sanitaria, y de suplencia de los municipios.

5. LAS FRUSTRACIONES INFRAPROVINCIALES: PARROQUIA Y COMARCA (Este epígrafe se refiere a las divisiones territoriales de la Comarca y la Parroquia, que históricamente se vieron frustradas o impedidas por la división del territorio en provincias y municipios).

La división provincial y la configuración de la Provincia como Ente Local constituyeron un indiscutible éxito de modernidad contra el que se estrellaron diversos intentos de supresión. Tanto en los inicios de la Revolución de 1868 como en la elaboración del proyecto de Constitución de la II República se pretendió suprimir la provincia y, sin embargo, acabó por reafirmarse su existencia. Sin embargo, tanto la división municipal como la provincial van a originar rechazos minoritarios, con la acusación de haber sido la causa de la ruina de otras colectividades territoriales como la parroquia, la comarca, el reino o región.

La división provincial afectó a la **comarca catalana**. Según las tesis nacionalistas, esta división arruinó la estructura comarcal y su identidad nacional. La pretensión comarcal catalana surge a la luz de elaboraciones doctrinales de fines del siglo XIX, como una necesidad funcional del nacionalismo que cree que Cataluña se gobernará mejor desde Barcelona sobre la base de una división territorial más peculiar y pequeña que la división provincial. En la medida en que la existencia de esta división impide la comarcalización de Cataluña, la provincia será siempre un enemigo a abatir por el nacionalismo catalán. También influye el hecho de que el Presidente de la Diputación fuera el Gobernador Civil, que se veía como un elemento de represión y de centralismo.

La Constitución ha reconocido la posibilidad de crear agrupaciones de municipios diferentes de la Provincia (art. 141.1). Muchos Estatutos de CCAA recogieron la posibilidad de establecer Comarcas pero la LBRL limitó esta posibilidad al disponer, para todas la CCAA menos para Cataluña (por haber tenido en el pasado aprobada una organización comarcal para todo su territorio se permite en este caso que la Generalidad por ley acuerde el establecimiento de las Comarcas), la imposibilidad de crear una comarca si a ello se oponen expresamente las dos quintas partes de los municipios que debieran agruparse en ella, siempre que, en este caso, tales municipios representen al menos la mitad del censo electoral del territorio correspondiente. En Cataluña, por una Ley de 1987 se han creado 38 Comarcas, que tendrán competencias sobre las materias que las leyes determinen y, en todo caso, sobre las materias que las leyes de la Generalitat catalana determinen, en cualquier caso sobre la ordenación del territorio y urbanismo, sanidad pública y medio ambiente. Como órganos de Gobierno de la comarca se establecen el Pleno, el Presidente y la Comisión especial de cuentas.

Del mismo modo que la división provincial afectó a la Comarca, la municipal afectó a la **Parroquia gallega**. En el norte de España, como hemos visto, el municipio se definió en función de un mínimo territorial. Ello llevó en Galicia a la creación de municipios que englobaron varias organizaciones parroquiales, las cuales, a su vez, se formaban de varios y diseminados núcleos de población. De esta forma, al privarse a las parroquias de su organización en beneficio de los nuevos municipios constitucionales, se originó una frustración inframunicipal que habría de llevar a una reivindicación parroquial por el nacionalismo gallego. La LBRL reconoció la posibilidad de su creación al referirse a las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, confiando su regulación a las leyes de las CCAA. Tanto el Estatuto gallego como el del Principado de Asturias reconocen esta forma de división territorial—

6. LA FRUSTRACIÓN REGIONAL (se refiere a las divisiones en Estados o regiones que se intentaron establecer históricamente por encima de la división en provincias, englobándolas o sustituyéndolas).

El Proyecto de Constitución Federal de la República española de 1876, que nunca llegó a ver la luz, dividía el territorio español en Estados, haciendo coincidir éstos con los reinos históricos, y dejaba la existencia de las provincias al libre albedrío de los Estados, que podrían conservarlas o modificarlas, según sus necesidades territoriales.

En la Segunda República se partió de una tendencia, propiciada por el nacionalismo catalán, a la supresión de la división provincial y de las Diputaciones provinciales, pero finalmente, como vimos, fue constitucionalizada y se la define como una Entidad formada por una agrupación de Municipios y destinada a ser sujeto activo en la creación de las Regiones.

Vista desde la perspectiva de la Constitución de 1978, la Constitución de la II República sorprende por su moderada descentralización, como se desprende de :

- No existe ninguna alusión las naciones o nacionalidades del Estado español. No hay más regiones que las que surgen de la libre voluntad de las Provincias, que pueden renunciar a integrarse en una región y volver a depender directamente del Poder Central.
- No se dan facilidades para la constitución de regiones. El proceso exige la propuesta de la mayoría de los Ayuntamientos, la aprobación por Referéndum (de las 2/3 partes del censo electoral) y su aprobación definitiva por las Cortes.
- Los poderes de las regiones son limitados. El Estado se reserva una amplia lista de materias sobre las que tiene competencia legislativa y ejecutiva exclusiva y otras sobre las que tiene legislación también exclusiva, y sólo a partir de ahí puede corresponder a las regiones una competencia legislativa limitada por la competencia estatal de dictar una Ley de armonización o de bases de las leyes de las regiones..

Este modelo regional no se aplicó más que en Cataluña, por lo que la experiencia regional siguió sin satisfacerse hasta que se replantease en el Proyecto de la Constitución de 1978.

7.- LA DIVISIÓN AUTONÓMICA Y LA DESIGUALDAD DE NIVELES EN LA ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL

La introducción con las CCAA de un nuevo nivel de Administración territorial se hizo por los constituyentes de 1978, a juicio de Parada, sin preocupación por la vertiente organizativa y administrativa de la cuestión. En la valoración que realiza este autor del Estado de las Autonomías desde el punto de vista de la división territorial que realiza esta Constitución, critica dos cosas:

- La descompensación territorial, poblacional y económica entre unas CCAA y otras.
- La desigualdad de niveles de Administración territorial.

En cuanto a lo primero, la Constitución no fijó criterios materiales para la nueva división territorial, ni estableció un mapa regional o autonómico, ni enumeró las CCAA, ni fijó su número o dimensiones, como hacen las Constituciones de los Estados Federales y Regionales. El único criterio que se evidencia para su creación es el historicista, y así.

- Se da por supuesta la creación de CC.AA en las nacionalidades y territorios históricos, como son Cataluña, País Vasco y Galicia.
- La creación de las restantes se diseñó a través de la unión de provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes.
- El criterio histórico es decisivo y único para la constitución de una CA uniprovincial, ya que se atiende a la sola circunstancia de que ésta tenga una Entidad regional histórica.

Consecuencia del predominio del criterio historicista con marginación de los demás es un mapa autonómico desequilibrado desde el punto de vista de la extensión territorial, su demografía y su economía. Entre las 17 CCAA que han resultado, las hay que comprenden 8 provincias (Andalucía), y otras 7 de una sola, y toda una gama de combinaciones intermedias, a lo que se unen desequilibrios desde el punto de vista demográfico y económico.

En cuanto a la desigualdad de niveles de la Administración territorial, se trata de que los niveles en la pirámide de la Administración territorial en unas y otras CCAA son distintos, lo se debe a dos circunstancias:

- La eliminación de la provincia como ente local para las CCAA uniprovinciales. Esta eliminación fue admitida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, en la que se rechaza por otra parte su eliminación en las CCAA pluriprovinciales. A juicio del TC la Constitución consagra una garantía institucional de la provincia, al reconocerla como una Entidad local con personalidad jurídica propia y dotada de autonomía para la gestión de sus intereses. Precisamente por no respetar esta autonomía provincial, el TC declaró la inconstitucionalidad de la mayor parte de los preceptos de la Ley catalana de 17 de diciembre de 1980 que pretendía la eliminación de las Diputaciones provinciales de Cataluña. Pero el TC da por supuesta, en cambio, la posibilidad de eliminar la provincia en las CCAA uniprovinciales, por considerar que en estos casos se transmuta en Comunidad Autónoma, asumiendo así un superior nivel de autonomía. Esta eliminación de la Provincia como entidad local, extinguiéndose sus órganos de gobierno, carece de apoyo en los términos literales de la Constitución, aunque encuentra una justificación en la necesidad de no hacer coincidir sobre un mismo territorio y una misma población dos Administraciones.
- La aceptación por cada CCAA de otros niveles de Administración territorial infraprovincial distintos de la provincia, en base al artículo 141.3 de la Constitución que, además de imponer una organización territorial insular con el mismo carácter forzoso con el que se imponen las CCAA, afirma que Se podrán crear agrupaciones de municipios distintos de la provincia.

8.- LOS NIVELES ADMINISTRATIVOS FACULTATIVOS

La ley de Bases de Régimen Local de 1985 desarrolla el art. 141.3 de la Constitución estableciendo una enumeración y clasificación de la Entidades Locales Territoriales distinguiendo:

- Las de **carácter forzoso** necesario por imperativos constitucionales (tales como el *municipio, la provincia y la isla*).
- Aquellas otras cuya creación se remite, a través de los condicionantes y procedimientos que la ley establece, a la legislación Autonómica. Estas son:
 - Las *entidades de ámbito territorial inferior al Municipio*, instituidas o reconocidas por las CC.AA conforme a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley. Se trata de entidades creadas para la administración descentralizada de núcleos de población separados (supone descentralizar determinadas funciones respecto al Ayuntamiento), bajo las denominaciones tradicionales de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos. Las Leyes de las CCAA que las regulen deben respetar las siguientes reglas:
 - La iniciativa corresponderá indistintamente al Ayuntamiento o a la población interesada. El Ayuntamiento debe ser oído en todo caso.
 - La entidad habrá de contar con un órgano unipersonal ejecutivo de elección directa y un órgano colegiado de control –llamados en las entidades de este tipo que se han constituido Alcalde pedáneo y Junta vecinal–. La designación de los miembros del órgano colegiado se hará de conformidad con los resultados de las elecciones para el Ayuntamiento en la sección o secciones constitutivas de la circunscripción para la elección del órgano unipersonal. No obstante, podrá establecerse el régimen el régimen de Concejo Abierto cuando se den las condiciones legales previstas para éste.
 - Los acuerdos sobre disposición de bienes, operaciones de crédito y expropiación forzosa deberán ser ratificados por el Ayuntamiento.
 - Las *Comarcas u otras Entidades que agrupen varios municipios*, instituidas por leyes de las CCAA de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía. Las leyes de las CCAA son las que han de determinar su ámbito territorial, la composición y el funcionamiento de sus órganos de gobierno, que han de ser representativos de todos los Ayuntamientos que agrupen, así

como las competencias y recursos económicos que se les asignen. La iniciativa para su creación puede partir de los propios municipios interesados, sin que puedan crearse, salvo en Cataluña, si a ello se oponen expresamente las 2/5 partes de los municipios que debieran agruparse en ella, siempre que representen al menos la mitad del censo electoral del territorio correspondiente.

- *Las Areas Metropolitanas*, que se definen en la Ley como las integradas por los municipios de grandes aglomeraciones urbanas, entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras (constituyen una especie de Federación de Municipios, en la actualidad existe una en Barcelona). Se crean, modifican o suprimen mediante Ley de las CCAA, previa audiencia de la Administración del Estado, de los Ayuntamientos y Diputaciones afectadas. Dicha Ley determinará su organización, régimen económico y de funcionamiento, y garantizará la participación de todos los municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas entre ellos, así como los servicios y obras de prestación y realización metropolitana y el procedimiento para su ejecución.
- *Las Mancomunidades de Municipios*. Surgen del derecho de los Municipios de asociarse con otros para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. Las Mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios, que han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de Gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento. En todo caso, los órganos de Gobierno serán representativos de los Ayuntamientos mancomunados. El procedimiento de elaboración y modificación o supresión de los Estatutos se determinará por la legislación autonómica y se ajustará, en todo caso, a las siguientes reglas:

- La elaboración corresponderá a los Concejales de la totalidad de los municipios de la Mancomunidad, constituidos en Asamblea.
- La Diputación o diputaciones interesadas emitirán informe sobre el proyecto de Estatutos.
- Los Plenos de todos los Ayuntamientos aprueban los estatutos.

TEMA VII. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1.- EL ESTADO AUTONÓMICO

La Constitución de 1978 supone el restablecimiento de las libertades y el distanciamiento radical de la organización centralista de corte francés imperante en España desde principios del siglo XIX. La potenciación máxima del principio de autonomía tiene como resultado una descentralización de todos los poderes en cualesquiera niveles.

La autonomía territorial es el gran principio que vertebra la Constitución y que se desarrolla en la creación de nuevas colectividades territoriales, como las Comunidades Autónomas y en el establecimiento de la garantía institucional de los Entes locales rompiendo con la subordinación que los sujetaba al control de la Administración del Estado.

Esta nueva caracterización estatal dificulta su categorización como Estado federal o Estado regional. Lo que singulariza al estado autonómico respecto de estos dos modelos es que la Constitución no enumera las CC.AA. que lo componen, ni establece un reparto igualitario de las competencias, ni todas las CC.AA. se constituyen simultáneamente.

- La falta de enumeración de las CC.AA. se sustituye por una regulación procedimental conforme a la cual las provincias se convierten en los sujetos decisorios de la estructura territorial con poderes para determinar el número y extensión territorial de las CC.AA.

- La asignación de competencias tampoco se resuelve concluyentemente en la Constitución. Los artículos 148 y 149 no son definitorios de la delimitación de competencias propias del Estado y de las CC.AA., sólo constituyen un marco para su establecimiento a través de los respectivos Estatutos. De esta forma, cada CC.AA., en el momento de constituirse, diseña su propio marco competencial, lo que puede significar una desigual atribución de las mismas, mientras que en el sistema federal o regional las competencias son iguales para todos los Estados o regiones.
- La Constitución de 1978 establece distintas vías y momentos de acceso a la autonomía, haciendo posible la pervivencia de un sistema de centralización sobre parte del territorio con otro de descentralización sobre el restante. En el sistema federal, por el contrario, el momento de inicio de los Estados es simultáneo al del nacimiento de la federación.

La Constitución de 1978, obedeciendo a un riguroso principio anticentralista y a la presión del terrorismo vasco, favoreció el principio de autonomía por encima de los límites de la Constitución republicana de 1931. Además, en el Estado Regional de la Constitución de 1931, la igualdad de todas las Provincias era absoluta, sin que se garantizaran o respetasen de forma alguna presuntos derechos históricos.

La ideología subyacente que parece inspirar nuestra última Constitución es la de intentar corregir el centralismo preconizado por la doctrina liberal francesa, que vertebró todas las constituciones españolas desde 1812, ofreciendo una visión negativa y pesimista sobre casi dos siglos de organización centralista del Estado. Nuestra Constitución parece pretender dar una alternativa de división territorial y distribución de poderes inspirada en el fuerismo carlista y en el absolutismo previo al Estado liberal del siglo XIX, mediante un modelo que rechaza el principio de igualdad y uniformidad que mantienen, aunque en menor medida que el Estado centralista, el Estado federal o el regional. Las consecuencias de esa ideología son la desigualdad en las formas de acceso a la autonomía y en las clases de CCAA, en la asignación de competencias, en la organización política y administrativa y en las formas de asignación de recursos financieros, siendo necesario recurrir a técnicas de corrección de esa inicial desigualdad, como los principios de solidaridad, los mecanismos de coordinación y el sistema de control a cargo del Estado.

2.- EL PROCESO AUTONÓMICO

• La fase preautonómica.

Comenzó con el restablecimiento de la Generalidad de Cataluña, a través de Decreto-Ley, sin esperar a la promulgación de la Constitución (por Decreto-Ley de 29 de septiembre de 1977), tal y como ocurrió en la Segunda República. El régimen aprobado para Cataluña se extendió a otras partes del territorio con el mismo procedimiento.

En el aspecto orgánico, el modelo preautonómico consistió en la creación de un órgano colegiado, denominado Junta, Consejo o Diputación, que asumía los máximos poderes, otro unipersonal, el Presidente, nombrado por el primero, y otro colegiado a modo de gobierno. Las competencias de las preautonomías eran modestas, atribuyéndoles funciones ejecutivas en ámbitos cuya concreción dependía de la técnica negociada de las transferencias, a través de comisiones mixtas.

B) Las vías de acceso y las clases de CC.AA.

La desigualdad que la Constitución consagra se traduce en aceptar dos clases de autonomía: plena o máxima y la gradual, con el resultado de diversos niveles competenciales. Estas dos clases de autonomía vienen determinadas por los sistemas de acceso.

Para el acceso a la **autonomía plena** existen dos procedimientos:

1.- El procedimiento previsto para las **Comunidades que durante la vigencia de la Constitución de 1931**

habían plebiscitado su Estatuto suponía:

- Previo acuerdo de su órgano preautonómico superior;
- La redacción de su Estatuto por una asamblea de sus parlamentarios;
- Posterior acuerdo con la Comisión Constitucional del Congreso seguido por
- Referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial y ratificación de los Plenos de las dos cámaras de las Cortes.

Este sistema (previsto por la disposición transitoria segunda, fue seguido para la aprobación de los Estatutos de Cataluña, País Vasco y Galicia, debiendo resaltarse que en los referéndums aplicados en estos casos no se exigieron mínimos de participación ni quórum de votos afirmativos.

2.- El proceso más riguroso para la autonomía plena y la aprobación del Estatuto es **el previsto en el artículo 151 de la Constitución**. Su rigor reside en la exigencia de la aprobación de la iniciativa autonómica por las Diputaciones y por las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas. Además dicha iniciativa debía ser ratificada en referéndum mediante el voto afirmativo de la mayoría de los electores de cada provincia, siguiéndose después trámites análogos a los descritos en el caso anterior.

3.- Otra forma de acceso a la autonomía plena, eludiendo el rigor del anterior artículo, es el del **proceso mixto de autonomía gradual, complementado con Ley Orgánica**. Se trata de Comunidades que accedieron a la autonomía por el procedimiento gradual de los arts. 143 y 146 CE pero que luego, mediante una Ley orgánica extendieron hasta niveles de autonomía plena sus competencias sin esperar a los cinco años previstos en el art. 148 (con un dudoso apoyo en el art. 150, que permite que el Estado transfiera o delegue mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal). Este ha sido el proceso seguido por las CCAA de Valencia y Canarias.

Para el acceso a la **autonomía gradual**, que permite alcanzar, transcurridos cinco años, la autonomía plena o máxima, se siguen los artículos 143 y 146 de la Constitución, que diseñaron el procedimiento más sencillo, prescindiendo de la consulta popular. La iniciativa del proceso se condiciona únicamente a la aprobación de las Diputaciones interesadas o del órgano interinsular correspondiente y de las dos terceras partes de los municipios cuya población represente la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. El proyecto de Estatuto sería, después elaborado por una Asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los parlamentarios y elevado a las Cortes para su tramitación como proyecto de ley. En un principio las CC.AA. constituidas a través de este procedimiento tenían la limitación del techo competencial establecido en el artículo 148 CE, pero sólo el Estatuto de Cantabria ha ajustado sus competencias a ese límite.

De los procesos descritos se ha liberado la comunidad Autónoma de Navarra, que ha conseguido las máximas competencias a través de lo que se ha designado como **Amejoramiento del Fuero**, que ha consistido en la aprobación por Ley Orgánica (de 1982) del acuerdo alcanzado por la representación del Estado y de la Diputación Foral de Navarra.

Tras este proceso autonómico, el mapa autonómico incluye diecisiete CCAA, de las cuales seis son de autonomía plena y once de autonomía gradual. Desde otro punto de vista, han resultado siete Comunidades pluriprovinciales.

C) La igualación de las competencias. La reforma de los Estatutos.

La determinación del número de CC.AA., de sus competencias e, incluso, de su ámbito territorial es sólo una fase dentro de un proceso dinámico susceptible de ulteriores cambios. Vamos a ver las vías por las que pueden acometerse estos cambios.

- La vía más previsible era la de la igualación de las competencias de las CC.AA. de autonomía gradual con las de plena, prevista en el art.148 CE y que se ha llevado a efecto a través de los pactos autonómicos entre el Partido Socialista y el Partido Popular de 1992, origen y explicación de la Ley Orgánica 9/1992, de 26 de diciembre, por la que se transfiere a las primeras aquellas competencias de titularidad estatal que permiten su igualación con las CC.AA. de competencia plena. Esta Ley se apoya en el artículo 150.2 de la Constitución que permite al estado transferir o delegar en las CC.AA. facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de ello. Después de esta ley se impuso una reforma de los Estatutos.
- La reforma de los Estatutos de las CCAA. Esta reforma está regulada en el artículo 147.3 de la Constitución, que se remite a lo previsto en aquéllos pero requiere, en todo caso, la aprobación posterior de la reforma por las Cortes mediante Ley orgánica. Los procedimientos previstos en los Estatutos de Comunidades de autonomía gradual no exigen la aprobación final por referéndum popular. La iniciativa le corresponde al Gobierno o Parlamento autónomo. Para las CC.AA. de autonomía plena, el artículo 150.2 preceptúa que su reforma exigirá el referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes, requisito constitucional anterior a la aprobación del proyecto de reforma por Ley Orgánica de las Cortes Generales. Los restantes trámites de reforma se establecen en los respectivos estatutos.
- No es previsible que se produzca un cambio de los Estatutos para alterar el mapa territorial mediante agregación o segregación de las provincias que componen cada Comunidad. Cualquier alteración de los límites territoriales requerirá procesos de reforma de los estatutos en las CC.AA. afectadas y complejos arreglos para el reparto de las infraestructuras administrativas.

3. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

La Constitución optó por establecer un sistema de distribución competencial original y diverso a los modelos federal o regional, con lo que la complejidad ha dado paso a la confusión y ha obligado a la posterior intervención del legislador, a través de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), así como del Tribunal Constitucional con ocasión de los múltiples conflictos planteados. El error fundamental, a juicio de Parada, fue el de no haber delimitado desde la propia Constitución las competencias propias del Estado, las correspondientes a las CC.AA. y las compartidas. Se siguió el camino de hacer de los Estatutos la pieza básica de la distribución de competencias y el resultado ha sido una absoluta falta de uniformidad, produciéndose una desigual asignación de competencias.

En el sistema diseñado por la CE hay una lista de competencias que son exclusivas del Estado (la lista del art. 149) y el resto puede ser asumido por las CCAA. En este sentido, se asemeja al modelo federal (lista de competencias de la Federación correspondiendo las restantes a los Estados miembros), pero se diferencia del mismo en que las competencias no reservadas al Estado no pertenecen desde ya a las CCAA, pues para que ello suceda deben asumirlas expresa y positivamente en sus Estatutos. Ello conlleva la posible existencia de competencias que no están reservadas al Estado pero no han sido asumidas por las CCAA, competencias que siguen perteneciendo al Estado (art.149.3).

• Las competencias del artículo 148.

Para las CC.AA. de autonomía plena estas competencias constituyen un *mínimum* superable a través del art. 149, o la asignación de competencias de titularidad estatal.

Para las CC.AA. de autonomía gradual las competencias de este artículo son un *máximum* mejorable a través de la reforma de sus estatutos, transcurridos cinco años desde su aprobación.

Algunas de las competencias enumeradas en este artículo deben calificarse como compartidas, bien porque se da un interés concurrente del Estado, bien porque se presupone la vigencia de una superior legislación estatal sobre dichas materias.

B) La lista de competencias del art. 149.

Son materias de competencia exclusiva del Estado. Este precepto ofrece el criterio más firme de delimitación, ya que no puede ser alterado por contrarias previsiones estatutarias. A pesar de ello, no todas las materias son atribuidas en exclusiva al Estado, aceptando en la mayor parte de ellas una competencia concurrente o compartida de las CC.AA., a través de distintas fórmulas (como la distinción entre interés general y autonómico o la reserva al Estado únicamente del dictado de la legislación básica).

Todas estas posibilidades han sido aprovechadas por los Estatutos de las CC.AA. de autonomía plena para formular sus listas competenciales, siendo este precepto la formulación contraria del 148: en éste se enumeran las competencias asumibles por las CC.AA., sin perjuicio de las competencias estatales, y el 149 enumera las competencias estatales sin perjuicio de los espacios donde pueda penetrar la competencia autonómica.

C) Las cláusulas complementarias.

Son aquéllas establecidas en el párrafo tercero del artículo 149, que tratan de cerrar el sistema para que no queden competencias sin su correspondiente titular.

- La **primera** establece que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las CC.AA. en virtud de sus respectivos Estatutos. Configura así la competencia autonómica como una competencia de atribución según los Estatutos.
- La **segunda** establece que las competencias sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos corresponderán al Estado.
- La **tercera** prevé que las normas del Estado prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las CCAA en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas, lo que llevó a las CCAA a incluir en sus Estatutos el mayor número de materias y a calificarlas en todo lo posible de competencias exclusivas.

Este artículo se cierra con la cláusula de supletoriedad, en virtud de la cual el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las CCAA.

Esta delimitación competencial no constituye un sistema inalterable y definitivo, ya que el artículo 150 establece dos posibles formas extra-estatutarias de ampliación de las competencias autonómicas:

- Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o algunas CCAA la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal (Ley Marco).
- El Estado también podrá transferir o delegar, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal cuya naturaleza lo permita. (Ley de Transferencia).

4. LIMITES

La autonomía de las CC.AA. depende de las competencias y funciones que pueden asumir, pero también de los límites que a su ejercicio se establezcan y de los controles a que se sujete su actividad. Es costumbre señalar como tales límites los principios de igualdad, unidad, solidaridad y libre circulación de personas y bienes. La mayor parte de ellos se recogen en el Capítulo Primero del Título VIII de la Constitución (Principios Generales de la Organización Territorial del Estado).

- El **Principio de Unidad**: recogido en el artículo 2 de la Constitución al establecer que esta norma esencial se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española aunque garantiza el derecho a

la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran. (El T.C. subraya que autonomía no es soberanía, es un poder limitado que no puede oponerse al Principio de Unidad).

- El **principio de solidaridad** (art.138), se impone por la Constitución como una obligación del Estado, que debe garantizar un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio (CC.AA.), atendiendo en especial a las circunstancias del hecho insular. También se impone este principio como criterio de la existencia y ulterior reparto del Fondo de Compensación Interterritorial.
- El **principio de igualdad** (arts. 138 y 139) aparece como contrapunto de la tendencia descentralizadora. Su formulación como límite a la autonomía se hace en dos planos: una con referencia a los Estatutos, se establece que en ningún caso las diferencias entre los Estatutos de las CCAA podrán implicar privilegios económicos ni sociales, y otra, dirigida a los ciudadanos, para corregir las desigualdades que pueda comportar la nueva división territorial (todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional).
- El **principio de libertad de circulación de personas y bienes** es una concreción del principio de igualdad. La CE (art.139.2) establece taxativamente que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y bienes en todo el territorio nacional.

En este catálogo de límites a la autonomía puede incluirse también **las limitaciones a la capacidad negocial de las CC.AA.** por el art.145 de la Constitución que prohíbe la federación de estas y, en cuanto a los convenios, exige autorización para los acuerdos de cooperación, salvo los que se refieran a la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, en los que sólo se exige comunicación a las Cortes Generales.

Como último límite pueden citarse las leyes de armonización (art.150.3 CE), mediante las cuales el Estado, por razones de interés general, apreciado por la mayoría absoluta de ambas Cámaras, podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las CC.AA., aun en el caso de materias atribuidas a la exclusiva competencia de las CCAA (esta fórmula no ha sido aún utilizada).

5.- EL CONTROL

A) Clases:

El sistema de control de las CCAA establecido por la Constitución se realiza por:

- el **Tribunal Constitucional**, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de Ley y de las disposiciones y resoluciones adoptadas por sus órganos de Gobierno.
- el **Gobierno**, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de las funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.
- Por la **Jurisdicción Contencioso- Administrativa** el de las normas reglamentarias y resoluciones de la Administración autonómica.
- Por el **Tribunal de Cuentas**, el económico y presupuestario.
- Por el **Gobierno y el Senado**, conjuntamente, en los casos graves de incumplimiento o de riesgo para el interés general de España.
- al margen de estos controles está el que le corresponde al Defensor del Pueblo sobre el conjunto de las Administraciones Públicas, así como los controles interiores a cargo de órganos de las propias Comunidades.

B) El control del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional conoce del recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas con fuerza de ley. El Gobierno puede, además, impugnar ante el TC las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA (que también pueden impugnarse ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que supone una duplicidad impugnativa). En este último caso, la

impugnación ha de fundamentarse en la violación de la normativa constitucional y se rige por las normas de los conflictos constitucionales de competencia, produciendo efecto suspensivo la interposición del recurso, aunque el TC deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

C) El control del Tribunal de Cuentas.

Ejerce el control económico y presupuestario. La previsión de instituciones parecidas al Tribunal de Cuentas del Estado en los Estatutos autonómicos ha provocado gran confusión. Estas instituciones no están subordinadas jerárquicamente al Tribunal estatal, con lo que ambos darán cuenta separada de sus actuaciones, bien a las respectivas Asambleas Autonómicas, bien a las Cortes Generales, informes que pueden no ser coincidentes, e incluso contradictorios. El Tribunal de Cuentas tiene jurisdicción exclusiva para declarar la responsabilidad contable de los que manejan fondos públicos.

D) El Defensor del Pueblo (art. 54 CE)

Se configura como un comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, y como este precepto no distingue, se considera incluida la Administración de las CCAA. Se han previsto, sin embargo, instituciones parecidas en las CC.AA. con denominaciones diversas: Justicia Mayor, defensor del PoboLa duplicidad institucional además de aumentar los gastos implica la posibilidad de que los resultados de las actuaciones de los defensores del pueblo autonómicos no coincidan con las del Defensor del Pueblo del Estado. Adelantándose a este problema, la Ley Orgánica reguladora de la institución (de 6 de Abril de 1981) ha establecido que cuando el Defensor del Pueblo tenga que supervisar la actividad de las CCAA los órganos similares de éstas coordinarán sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste podrá solicitarles su cooperación.

E) El control del Gobierno–Senado (art.155 CE)

Se trata de un control extraordinario para los supuestos en que una CA no cumpliera las obligaciones impuestas por la Constitución u otras leyes, o actuare de forma que atente al interés general del Estado. El gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma, y en el caso de no ser atendido, con la mayoría absoluta del Senado podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones o para proteger el interés general. Para la ejecución de las medidas previstas el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las CCAA.

F) El Delegado de Gobierno y el deber de información.

El correcto ejercicio de las responsabilidades de control, como también las de coordinación, que tiene a su cargo el Estado, presuponen un conocimiento de la actividad de las CCAA. Para suplir la falta de expresa mención del deber de la información en la Constitución la Ley del Proceso Autonómico ha establecido que el Gobierno y, en su caso, las Cortes Generales puedan recabar la información que precisen sobre las actividades que desarrollen en el ejercicio de sus competencias, facultad que las CC.AA. pueden emplear para obtener información similar del Estado, como deber recíproco de información.

La obtención de información y el deber de suministrarla ha obligado a crear o especializar determinados órganos en esta tarea. Funciona así en la actualidad la Comisión de seguimiento de las CC.AA. en el Ministerio para las Administraciones Públicas, y se ha hecho del Delegado del Gobierno en las CC.AA. el máximo responsable de esta función de intercambio de información.

6.– LA ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Constitución de 1978 se ha confiado en el principio dispositivo que habría de concretarse en los Estatutos,

por lo que sólo se atrevió a establecer un esquema de organización que sería aplicable a las Comunidades de autonomía plena, sin aludir a las de autonomía gradual, aunque finalmente estas reprodujeron el modelo de las primeras.

La organización institucional autonómica se basa en:

- Una **Asamblea legislativa** elegida por sufragio universal, en función de un sistema de representación proporcional, que debe asegurar la representación de las diversas zonas del territorio.
- Un **Consejo de Gobierno**, con funciones ejecutivas y administrativas.
- Un **Presidente**, elegido por la Asamblea entre sus miembros y nombrado por el Rey. Le corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla.

El Presidente y los miembros del Consejo serán políticamente responsables ante la Asamblea.

Estos órganos están presentes en todas las CCAA, aunque varían los nombres de sus instituciones, que evocan en ocasiones denominaciones históricas (Xunta, Generalidad, Consell etc.).

Se trata de un sistema que responde al modelo de Gobierno parlamentario (hay separación de las funciones ejecutivas del ámbito de poder de la Asamblea, las funciones ejecutivas se encomiendan a un Consejo políticamente responsable ante la Asamblea, que es elegido por ésta de entre sus miembros).

A) La Asamblea Legislativa o Parlamento.

Según la generalidad de los Estatutos el régimen de este organismo supremo de las CC.AA. sigue estas reglas:

- Todos los Parlamentos autonómicos son unicamerales; integrada por un número de miembros variable, elegidos conforme a la Legislación general electoral, que se entiende como básica.
- La circunscripción electoral es ordinariamente la provincia, excepto en las CC.AA. uniprovinciales, donde lo es el Partido Judicial o el Municipio.
- El derecho de sufragio activo se atribuye a los mayores de 18 años que tengan residencia en cualquiera de los Municipios de la Comunidad Autónoma.
- Los miembros de los Parlamentos Autonómicos se les reconoce la inviolabilidad por las opiniones manifestadas y por los votos emitidos, la inmunidad para no ser detenidos ni retenidos, sino en los casos de flagrante delito, y un fuero especial consistente en que su inculpación, procesamiento y juicio corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente y, fuera de este ámbito, a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
- Se remite a los reglamentos internos de las Asambleas todo lo relativo a su régimen de funcionamiento y sesiones, periodos parlamentarios y órganos de la institución.
- Las Asambleas autonómicas se disuelven por expiración del término de su mandato y, además, por la falta de designación de Presidente de la Comunidad Autónoma en los plazos previstos.

B) El Ejecutivo Autonómico.

Las funciones ejecutivas de las CC.AA. se asignan al Presidente, al Consejo de Gobierno, y a los Vicepresidentes y Consejeros.

- El **Presidente** es el máximo representante de la Comunidad Autónoma y ostenta también la representación ordinaria del Estado; tanto su designación por la Asamblea como su cese sigue los términos propios de los sistemas parlamentarios. Sus atribuciones comprenden designar y cesar a los miembros del Consejo de Gobierno, dirigirlo, coordinar sus actuaciones y todo lo que comporta la dirección política y la jerarquía superior de la Administración Autonómica. El cargo es incompatible

con cualquier otra función pública o privada. Junto a los honores de los que disfruta debido a su cargo, en algunas Comunidades se le reconoce otros privilegios (Como la pensión vitalicia del Lehendakari vasco).

- Al **Consejo de Gobierno** se le asignan las mismas funciones que al Consejo de Ministros, pero a nivel autonómico, tales como la iniciativa legislativa, ejercicio de la potestad reglamentaria, dirección política, control de la Administración Autonómica etc. El número de Consejeros es variable. Su nombramiento y cese dependen del Presidente y tienen a su cargo un sector de la Administración autonómica (igual que los Ministros tienen a su cargo un Departamento ministerial).
- Respecto al modelo de la **Administración**, casi todas las CC.AA ha optado por dotarse de un modelo de organización propia, que repite la organización estatal y supone una excesiva reduplicación de organismos y funcionarios. Cuentan así las CCAA con sus niveles centrales de departamentos, direcciones y subdirecciones generales, con una administración periférica, con delegaciones provinciales de las consejerías, y también con una administración institucional que es copia de las distintas fórmulas estatales.

7.- EFECTOS DEL SISTEMA AUTONÓMICO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

Determinadas instituciones estatales, al margen de las que se integran en la Administración del Estado, aparecen influenciadas, moduladas o reproducidas debido a la nueva organización territorial del poder.

A) El Senado.

Los constituyentes de 1978 pretendieron configurar al Senado como una cámara de representación territorial (como en los Estados Federales), de tal forma que el art. 69.1 integra en ella a cuatro senadores por provincia, dos por las poblaciones de Ceuta y Melilla, un senador más para cada una de las CC.AA. constituidas y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Sin embargo, las atribuciones en materia autonómica del Senado se reducen a:

- Participar en la autorización de los convenios entre las CC.AA.
- Participar en el reparto del Fondo de Compensación Territorial.
- La aprobación por mayoría absoluta para que el Gobierno pueda adoptar las medidas necesarias para obligar a las CC.AA. al cumplimiento de sus obligaciones o para proteger el interés general vulnerado por aquéllas.

B) Organización judicial y Comunidades Autónomas

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha pretendido armonizar el principio de unidad judicial e independencia del Poder Judicial con las exigencias del sistema autonómico, sustituyendo la división hasta entonces existente de las Audiencias Territoriales por la de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, que acomodan ahora su denominación y competencias al mapa autonómico.

En materia contencioso- administrativa, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA. no son susceptibles de revisión, pues se ha suprimido el recurso de apelación y el nuevo recurso de casación sólo puede interponerse ante el TS cuando el acto recurrido de la CA viola el derecho estatal. De esta forma, el enjuiciamiento de la acomodación de la actividad de los órganos autonómicos a su propio Derecho se articula en una única oportunidad, con violación del principio de tutela judicial efectiva que exige en principio la doble instancia.

8.- EL SISTEMA FISCAL Y FINANCIERO

La Constitución española se inspira en el federalismo alemán en la regulación de la autonomía financiera (art. 156) para el desarrollo y ejecución de las competencias autonómicas. La autonomía está limitada por el

principio de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles, así como por la prohibición de que las CCAA adopten medidas tributarias sobre bienes situados fuera de sus territorios, o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías y servicios (art. 157).

La Constitución enumera los recursos propios de las CC.AA. y que clasifica en:

- *Ingresos propios*: impuestos autonómicos, tasas y contribuciones especiales, rendimientos procedentes de su patrimonio o de Derecho privado y el producto de sus operaciones de crédito.
- *Ingresos compartidos*: los cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.
- *Ingresos de nivelación* en los que se incluyen:
 - asignaciones establecidas en los Presupuestos Generales del Estado en función de los servicios y actividades estatales que hayan asumido las Comunidades Autónomas;
 - los provenientes de un Fondo de Compensación Interterritorial para hacer efectivo el principio de solidaridad y con destino a gastos de inversión, que será repartido entre las CCAA por las Cortes.

La Ley Orgánica de Financiación de las CC.AA. (LOFCA) hizo en 1980 una regulación más precisa que la Constitución de este sistema de financiación y sentó las bases para el sistema definitivo. En este sistema cabe destacar:

- La financiación se hace en primer lugar a través de **la participación de las CC.AA. en los impuestos estatales** y tienen el inconveniente de que otorgan fuertes dotaciones a las CCAA, ya que les corresponde un porcentaje fijo sobre la recaudación fiscal del Estado, que crece sustancialmente en los últimos años, pero sin la lógica contrapartida de una mayor participación de éstas en los gastos estatales y en la recaudación de los impuestos.
- En cuanto al **Fondo de Compensación Territorial**, se distribuye entre las CC.AA. en proporción directa a los índices de paro y migración de cada territorio y en proporción inversa al nivel de renta, produciéndose fuertes desequilibrios (así, por ejemplo, la Comunidad de Madrid recibe poco dinero a pesar de su alto número de parados). Los problemas de este Fondo se derivan de su rígida afectación a los gastos de inversión, lo que disminuye la autonomía financiera de las CC.AA. que pueden financiar la infraestructura de nuevos servicios pero no son capaces después de afrontar los gastos para su mantenimiento.

Hay que hacer referencia, por último, al **régimen privilegiado de Navarra y el País Vasco**, que se funda en las previsiones de la Constitución sobre el respeto a sus derechos históricos, recogidos en sus respectivos Estatutos.

En ambos casos la filosofía es la misma: estas CC.AA. recaudan todos los impuestos de sus territorios y aportan después al Estado una cantidad para sostener los gastos generales.

La aportación del País Vasco al Estado consiste en un cupo global, integrado por los cupos correspondientes a cada una de las tres provincias vascas, como contribución a todas las cargas del Estado. El cupo se fija por una Comisión Mixta constituida por representantes de cada Diputación Foral y del Gobierno Vasco y por representantes de la Administración del Estado cada cinco años y se revisa anualmente.

TEMA VIII. EL MUNICIPIO Y LA PROVINCIA

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.- EL MUNICIPIO. CONCEPTO Y ELEMENTOS

La Ley de Bases del Régimen local de 1985 (LBRL) define los MUNICIPIOS como *Entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses correspondientes a las colectividades* (Art. 1.1).

La ley les atribuye personalidad y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (Art. 11).

La caracterización del municipio como entidad local básica corresponde a la concepción naturalista que desde el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 hasta hoy ha impregnado nuestra legislación a propósito de este asunto. Es esta una concepción inmovilista en cuanto obstáculo a una sustancial reducción del número de Municipios a través de la exigencia de una mayor dimensión territorial o demográfica que facilite el establecimiento de servicios públicos rentables con reducción de los gastos generales de la Administración local, pues si los municipios son algo natural cualquier reforma global de su estructura se convierte, así, en un atentado contra el orden preestablecido por la propia Naturaleza.

Tras el concepto, la Ley señala que los elementos del municipio son el territorio, la población y la organización o aparato de gobierno.

2.- EL TÉRMINO MUNICIPAL

Se define por la LBRL como el territorio en el que el Ayuntamiento ejerce sus competencias. A continuación, la Ley regula la cuestión de la creación o supresión de municipios.

A.- La *creación* de nuevos términos municipales sólo puede hacerse sobre núcleos de población territorialmente aislados, siempre que los municipios resultantes cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no suponga disminución en la calidad de los servicios que se venían prestando.

B.- La *alteración* de los términos municipales puede producirse en los siguientes supuestos:

1.- Por incorporación de uno o más municipios a otro u otros limítrofes, que produce la desaparición de los primeros.

2.- Por fusión de dos o más municipios limítrofes, que da lugar no a la mera absorción sino a la creación de un nuevo municipio.

3.- Por segregación de parte del término de uno o varios municipios, bien con la finalidad de agregarla a otro limítrofe, bien para crear con la parte o partes segregadas un municipio nuevo e independiente. En estos supuestos, hay que tener en cuenta que no podrá segregarse ningún núcleo de población de un término municipal cuando se halle unido por calle o zona urbana a otro del municipio originario.

En cuanto al *procedimiento* para la alteración de los términos municipales, de acuerdo con el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen local (aprobado por Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986):

1.- La iniciativa corresponde a las Comunidades Autónomas, bien de oficio o bien a instancia del Ayuntamiento interesado, de la respectiva Diputación Provincial o de la Administración del Estado. En todo caso, será preceptiva la audiencia de la Diputación provincial y de los Ayuntamientos interesados.

2.- Se exceptúan de la regla anterior los supuestos de fusión o de incorporación voluntaria de Municipios limítrofes, en los que el procedimiento se promoverá por acuerdo de los respectivos Ayuntamientos.

3.- En todos los casos, será necesario el previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma, si existiere, o, en su defecto, del Consejo de Estado y habrá de darse conocimiento del expediente a la Administración del Estado.

4.- La resolución definitiva del procedimiento se hará por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3.- LA POBLACIÓN MUNICIPAL

La población municipal es un colectivo de personas físicas delimitadas objetivamente por la posesión de un vínculo especial de pertenencia o conexión con un municipio, que se constituye en virtud del hecho físico de la residencia en el término municipal. Instrumento básico, a efectos de la determinación de la población, es el Padrón municipal, documento administrativo elaborado por el respectivo Ayuntamiento en el que deben constar todos los residentes del municipio. En esta materia, deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas en la LBRL por la Ley 4/1996, de 10 de enero, en relación con el Padrón municipal, así como el RD 2612/1996, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por RD 1690/1986, de 11 de julio.

De acuerdo con esta normativa, todo español o extranjero que viva en territorio español está obligado a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente y si vive en varios, en el que habite durante más tiempo al año. De esta obligación no se deriva sanción directa, sino indirecta: posible privación de los derechos que corresponden a los residentes inscritos en el Padrón.

El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio y son los vecinos del mismo, condición que se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el Padrón.

El Padrón municipal se define como el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo y Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos (art. 16 LBRL tras su reforma por la Ley 4/1996).

La inscripción en el Padrón debe contener los datos personales y académicos y cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del Censo Electoral, siempre que se garantice el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón corresponde al Ayuntamiento y su gestión se lleva a cabo con medios informáticos. Los Ayuntamientos han de realizar las operaciones necesarias para que los Padrones se mantengan actualizados. Se atribuye al Instituto Nacional de Estadística las funciones de coordinación de los distintos padrones municipales.

La condición de vecino confiere de acuerdo con la enumeración de la LBRL (que no pretende ser exhaustiva), los siguientes *derechos y obligaciones*:

- Ser elector y elegible en los términos establecidos en la legislación electoral.
- Participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.
- Utilizar los servicios públicos municipales y acceder a los aprovechamientos comunales conforme a las normas aplicables.
- Contribuir, mediante prestaciones económicas y personales a la realización de las competencias municipales.
- Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación con los expedientes y la documentación municipal.
- Pedir consulta popular en los términos previstos en la Ley.
- Solicitar la prestación o el establecimiento del correspondiente Servicio público, cuando este constituya una

competencia municipal propia de carácter obligatorio.

La inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España.

4.- LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL. RÉGIMENES ESPECIALES

Tanto en Francia como en España, desde los orígenes del municipalismo moderno, se destaca la figura del Alcalde como órgano con funciones propias distintas a las del Pleno del Ayuntamiento (Consejo municipal francés).

La LBRL ha seguido esta tradición al establecer: el Gobierno y la Administración municipal, salvo en aquellos que funcionen en régimen de Concejo Abierto, corresponde al Ayuntamiento, integrado por el Alcalde y los Concejales (art. 19) (deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas en esta materia por la ley 11/1999, de 21 de abril).

La legislación ha reconocido otros órganos de menor importancia, tales como los Tenientes de Alcalde y la Comisión Permanente.

Los órganos municipales son:

- El *Alcalde*, los *Tenientes de Alcalde* y el *Pleno*, que existen en todos los Ayuntamientos.
- La *Comisión de gobierno* existe en todos los municipios con población de derecho superior a 5000 habitantes y en los de menos, cuando así lo disponga su Reglamento orgánico y lo acuerde su Pleno.
- Con estas mismas condiciones existirán, si su legislación autonómica no prevé en este ámbito otra forma organizativa, órganos que tengan por objeto:
 - el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno
 - el seguimiento de la gestión del Alcalde, la Comisión del Gobierno y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno.
- El resto de los órganos, complementarios de los anteriores, se establece y regula por los propios municipios en sus Reglamentos orgánicos.
- Las Leyes de las CC.AA. sobre el régimen local podrán establecer una organización municipal complementaria a la anterior.
- Los propios municipios, en los Reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en esta Ley y en las leyes de las CC.AA.

En cuanto a la *participación ciudadana*, no se ha establecido la presencia directa de los vecinos en los órganos ordinarios de gobierno. No obstante, se admite esa participación en los órganos territoriales de gestión desconcentrada, como en los distritos, y con las funciones y competencias que el Ayuntamiento les confiera. Se reconocen, asimismo, ventajas para las asociaciones de defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, que pueden recibir subvenciones, información de los acuerdos municipales e , incluso, participar en los órganos consultivos municipales.

Sistemas especiales.

La LBRL reconoce que el régimen general municipal no es adecuado para algunos municipios de características especiales, permitiendo la configuración de regímenes especiales:

- ***El Concejo Abierto:***

Su Gobierno y Administración se atribuyen al Alcalde y a una Asamblea Vecinal, con derogación de las reglas comunes. A esta Asamblea pertenecen todos los electores, ajustando su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido con carácter general en la Ley de Bases y las leyes de las CC.AA. sobre régimen local. Funcionan en régimen de Concejo abierto:

- los municipios con menos de 100 habitantes y aquéllos que tradicionalmente cuenten con este sistema de gobierno y administración.
- Aquéllos en los que su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable, y medie decisión favorable por mayoría de dos tercios de los miembros de los Ayuntamientos (previa petición mayoritaria de los vecinos y aprobación por la comunidad Autónoma).

Las leyes de las CC.AA. podrán establecer otros regímenes distintos del anterior, para municipios pequeños o de carácter rural y para aquéllos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable.

- **Las grandes ciudades:** la autorización de un régimen especial está determinado por su exceso de población. La LBRL declara vigentes los regímenes existentes (como los de Madrid y Barcelona), "en todo lo que no se oponga o contradiga o resulte incompatible con lo establecido en esta Ley.
- **Las ciudades de Ceuta y Melilla,** de singulares características, poseen un régimen específico que afecta más a los aspectos fiscales que a estrictamente orgánicos (han accedido al autogobierno por Leyes Orgánicas 1 y 2 de 1995, de 13 de marzo).

5.- EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO

Es el órgano supremo que encarna la voluntad municipal, democráticamente establecida por elección popular de todos sus miembros, el Alcalde y los Concejales.

La LBRL se limita a remitir todo lo relacionado a la elección de este órgano a la Legislación electoral. La Ley Orgánica del régimen electoral 5/1985 ha establecido el sistema de representación proporcionales su variante D'Hont, con listas completas y cerradas (a excepción de Municipios con población comprendida entre 100 y 250 habitantes, estableciendo un sistema particular en la votación de los concejales).

El número de concejales varía desde cinco, cuando el municipio tienen menos de 250 habitantes, hasta 25 cuando son menos 100.000 habitantes. A partir de 100.001 se suma un concejal más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiendo uno más cuando el resultado es par.

La LBRL estableció que el Pleno del Ayuntamiento, constituido por todos los concejales y presidido por el Alcalde, es el órgano supremo del Municipio, pero delimitó sus competencias con el fin de potenciar la figura del Alcalde y reducir al Pleno a un órgano de control de éste. Al mismo objetivo responde la modificación de competencias realizada por la Ley 11/1999, pasando al Alcalde funciones de carácter ejecutivo que es más lógico que las tenga atribuidas en aras de una mayor eficiencia en el funcionamiento del Ayuntamiento o Diputación. Como contrapartida de ello esta modificación ha clarificado las competencias del Pleno, se refuerzan las funciones de control por parte de éste aumentando la frecuencia de sus sesiones ordinarias, y se establece el carácter preceptivo de los órganos de estudio, informe y seguimiento de la gestión del Alcalde o del Presidente y de sus órganos delegados en los Ayuntamientos de los municipios con más de 5.000 habitantes y en las Diputaciones permanentes. Pertenece al Pleno la votación sobre la moción de censura al Alcalde y la cuestión de confianza que pueda plantear.

6.- LA FIGURA DEL ALCALDE Y SUS ÓRGANO DE APOYO: TENIENTE DE ALCALDE Y COMISIÓN DE GOBIERNO

El Alcalde es el poder ejecutivo a nivel municipal. Esta competencia sale reforzada en la LBRL de 1985 (y

aún más en la reforma operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril), por la amplitud de poderes que se le atribuyen y por la creación de un nuevo órgano –la Comisión de Gobierno– que le asiste y cuyos componentes, a imagen y semejanza del Gobierno de la nación, el Alcalde nombra y destituye discrecionalmente.

A.– La figura del Alcalde.

En la regulación de LBRL la novedad más significativa respecto a nuestro pasado histórico es la pérdida por el Alcalde de su condición de representante del Estado en el Municipio, el cual, a su vez, deja de ser también una circunscripción territorial del Estado.

En cuanto a su elección, el artículo 140 de la Constitución ofrece la alternativa de que sea elegido por los Concejales o por los vecinos. La vigente ley Electoral opta por la primera solución, de modo que el Alcalde es elegido por los Concejales, por mayoría absoluta, entre estos mismos, pero restringidamente aquellos concejales que hubiesen encabezado una de las listas electorales. En caso de no obtener ninguno de los candidatos dicha mayoría será proclamado Alcalde el concejal que encabece la lista más votada y, si hay empate, se resolverá por sorteo.

A propósito de su cese, la novedad introducida, inspirada en le funcionamiento del sistema parlamentario y en el art.113 de la CE, es la moción de censura como técnica de destitución del Alcalde. Debe ser suscrita por, al menos, la tercera parte de los Concejales y tiene carácter constructivo, debiendo incluir el nombre de un candidato que haya figurado en los tres primeros puestos de una lista o en los siguientes correspondientes, si alguno hubiera perdido la condición de Concejal. Para ser adoptada requiere la mayoría de al menos dos tercios del número legal de Concejales y ,en caso de prosperar, implica la proclamación como Alcalde del candidato propuesto. Ningún Concejal puede suscribir más de una moción de censura durante su mandato (regla más restrictiva que su equivalente en materia de censura del Presidente de Gobierno).

Las funciones del Alcalde, notablemente potenciadas, implican que sea el verdadero jefe del gobierno municipal y el Pleno una suerte de Parlamento que controla el ejercicio de sus poderes. Estas funciones son, sistematizadas, las siguientes:

1.– En cuanto Presidente del Ayuntamiento como órgano colegiado:

- Convocar y presidir las sesiones del Pleno, de la Comisión de Gobierno y de cualesquiera otros órganos municipales.

2.– En cuanto representante máximo del Municipio:

- Representar el Ayuntamiento.
- Dictar Bandos.

3.– Funciones derivadas de su antigua condición histórica de órgano judicial y delegado del Gobierno:

- Ejercer la jefatura de la policía municipal, así como el nombramiento y sanción de los funcionarios que usen armas.
- Adoptar, en caso de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediatamente al Pleno.

4.– En cuanto Jefe del Ejecutivo Municipal:

- Dirigir el gobierno y la administración municipales en general.
- Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y las obras municipales y Desempeñar la jefatura de todo el personal de la Corporación.
- disponer los gastos de su competencia y ordenar pagos.
- Actuar la potestad sancionadora por desobediencia a su autoridad o a las Ordenanzas municipales.
- Otorgar las licencias, cuando así lo dispongan las Ordenanzas.
- Contratar obras y servicios por determinada cuantía.

5.– Competencia residual: las demás funciones que le atribuyan las leyes y las que la legislación del Estado o de las CCAA asignen al Municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

B. Los órganos de apoyo al Alcalde.

Los Tenientes de Alcalde sustituyen al Alcalde en los casos de vacante, ausencia o enfermedad. Son nombrados y revocados libremente por el Alcalde entre los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde no exista, de entre los Concejales .

7.– LA PROVINCIA. CONCEPTOS Y ELEMENTOS

Según el art. 141 de la CE la Provincia es: una entidad local con personalidad jurídica propia y también una división territorial para el cumplimiento de las actividades del estado. Reconoce, así, una doble dimensión: local y estatal. Además las equipara a los municipios y las CC.AA.

En cambio en las CC.A.A. uniprovinciales esta protección es inexistente: se ha aceptado su desaparición como Ente Local.

Se pueden distinguir los siguientes modelos de organización provincial:

- Desaparición de la Provincia por integración en las CC.AA. uniprovinciales no insulares, que asumen las competencias, medios y recursos de las Diputaciones Provinciales que quedan integradas en las Administraciones autonómicas, con los siguientes efectos: disolución de sus órganos políticos y sucesión de la Comunidad en las relaciones jurídicas de la Diputación Provincial.
- Organización provincial fuerte, en aquellas CC.AA. en que las diputaciones sumen a sus competencias, las transferidas o delegadas por las C. y además, se hagan cargo de la gestión ordinaria de servicios propios de las Comunidad Autónoma correspondiente (ej.: Comunidad Autónoma Vasca).
- Organización provincial débil como consecuencia de la potenciación máxima del centralismo, por ejemplo, de la Generalitat Catalana y la creación de otro nivel territorial inmediato y competitivo entre la Provincia y el municipio, la Comarca.

En cuanto a sus elementos territoriales y demográficos, vienen dados por la suma del territorio y población de los municipios que integran la Provincia. Se establece también que cualquier alteración de los límites provinciales habrá de hacerse por Ley Orgánica.

8.– LA ORGANIZACIÓN PROVINCIAL.

El órgano tradicional de Gobierno de la provincia como Ente Local ha sido la Diputación Provincial

presidida por el gobernador civil.

Desvinculada del estado y de la Comunidad Autónoma en favor del principio de autonomía local, la LBRL reguló la organización de la diputación Provincial de forma análoga a lo dispuesto al Ayuntamiento: potenciar al Presidente frente al Pleno. El régimen orgánico resultante es:

- El Presidente, los Vicepresidentes, la Comisión del Gobierno y el Pleno existen en todas las diputaciones.
- Asimismo existirán en todas las Diputaciones órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, así como el seguimiento de la gestión del Presidente, la Comisión de Gobierno y los Diputados que ostenten delegaciones (sin perjuicio de las competencias de control del Pleno). Todos los grupos políticos integrantes de la corporación tendrán derecho a participar mediante la presencia de Diputados en estos órganos complementarios.
- El resto de los órganos complementarios se establecen y regulan por las propias Diputaciones. No obstante las leyes de las CC.AA. sobre régimen local podrá establecer una organización provincial complementaria.

9.- EL PLENO DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL

Es el órgano máximo de la diputación, constituido por el Presidente y los Diputados provinciales. El número de Diputados es proporcional al número de residentes en la Provincia.

Los Diputados deben reunir la condición de Concejales en los Ayuntamientos de la provincia respectiva. Su elección es indirecta, o de segundo grado, a través del siguiente procedimiento:

- La junta Electoral Provincial distribuye el número total de Diputados provinciales entre los Partidos Judiciales de la Provincia en proporción al número de residentes en cada uno de ellos. Los límites son un concejal como mínimo, independientemente de la población, y ningún partido puede contar con más de tres quintas partes del número total de Diputados, por muchos que sean sus habitantes.
- La Junta Electoral forma una relación de partidos políticos, coaliciones, federaciones, agrupaciones de electores que hayan obtenido algún concejal de cada Partido Judicial, ordenándolos por un orden decreciente de votos obtenidos por cada uno de ellos.
- La Junta Electoral Provincial convoca a los Concejales elegidos por cada uno de aquellos partidos políticos para que, entre ellos, elijan el Diputado o Diputados que les haya correspondido, más tres suplentes. Serán elegidos los Concejales integrantes de la lista que obtenga más votos.

El ámbito competencial está regulado de forma similar al del Pleno del Ayuntamiento: tiene atribuidas las más importantes funciones normativas, de control, organizativas, financieras y de defensa jurídica de la Corporación.

10.- EL PRESIDENTE DE LA DIPUTACIÓN Y LA COMISIÓN DE GOBIERNO

Su elección corresponde al Pleno, que lo elige de entre sus miembros por mayoría absoluta, en primera votación; por mayoría simple en segunda.

El paralelismo entre el Alcalde y el Presidente, en cuanto a sus funciones, continúa: el Presidente ejecutivo de un órgano colegiado, de cuyo funcionamiento es responsable. Se encarga de la representación de la Provincia y es Jefe de la Administración provincial.

La destitución se lleva a efecto a través de la moción de censura constructiva, con la inclusión de un candidato alternativo.

11.- RÉGIMENES PROVINCIALES ESPECIALES.: ARCHIPIÉLAGOS Y TERRITORIOS HISTÓRICOS

A.- Archipiélagos

a.- El Archipiélago de las Islas Canarias.

- Todas las islas disponen de un órgano local propio, que es el Cabildo insular, equivalente a las Diputaciones Provinciales, pues según dispone el art.41 de la Ley de Bases de Régimen Local, son los órganos de gobierno, administración y representación de cada isla y se rigen por las normas de esta Ley que regulan la organización y funcionamiento de las Diputaciones, asumiendo las competencias de éstas.
- Existen dos provincias, Gran Canaria y Tenerife, cuyos órganos rectores son las Mancomunidades Provinciales Interinsulares compuestas por los Presidentes de los Cabildos de las islas que cada una de ellas agrupa y con la finalidad exclusiva de ser "órganos de representación y expresión de los intereses provinciales", pero sin competencias materiales definidas.

b.- El Archipiélago de las Islas Baleares

- Se trata de una Comunidad Autónoma Uniprovincial (por lo que se ha eliminado la provincia como ente local), cuyas instituciones autonómicas son el Parlamento, el Gobierno y el Presidente.
- Todas las islas disponen de un órgano local propio, que es el *Consejo Insular*, a los que también son de aplicación según el art.41 de la LBRL las normas de esta Ley que regulan la organización y funcionamiento de las Diputaciones Provinciales y asumen sus competencias. Los diputados de estos Consejos constituyen, al mismo tiempo, los miembros únicos del Parlamento Balear.

B.- Territorios históricos: el País Vasco.

- De acuerdo con la tradición histórica de la organización territorial vasca, de potenciación máxima de la Provincia y de su organización, el Estatuto Vasco de 1979 concibe las Provincias Vascas de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, conocidas como Territorios Históricos, no como dependientes y subor-dinadas a la Comunidad autónoma sino como parte integrante de su organización institucional, a las que se han transferido numerosas competencias propias de la Comunidad.
- El régimen organizativo singular de las provincias vascas es el siguiente: Las *Juntas Generales* son una especie de parlamento provincial, cuyos miembros son elegidos (a diferencia de los miembros de los Plenos de las Diputaciones Provinciales) por sufragio directo. Ejercen la potestad normativa, aprueban los presupuestos y controlan la actividad del ejecutivo, que está compuesto por la *Diputación Foral* y el *Diputado General*. El Diputado General es elegido por la Junta General de entre sus miembros y es quien a su vez nombra y cesa a los diputados forales.

TEMA X.- LA ADMINISTRACION INSTITUCIONAL

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1.- EVOLUCION Y PROBLEMÁTICA GENERAL

Las Administraciones de base territorial (Estado, CCAA, Corporaciones locales) se sirven de numerosas organizaciones para cumplir concretas funciones de servicio público o de intervención administrativa. Estas organizaciones integran la llamada Administración especializada, que comprende dos tipos de entes:

- Los entes de base institucional, esto es, fundados o instituidos por una Administración de base territorial. Dentro de estos entes hay que distinguir a su vez entre aquellos que son meros instrumentos de las Administraciones territoriales y que éstas dominan absolutamente, de aquellos que están dotados de una cierta autonomía política y que hoy se conocen como Administraciones independientes.
- Los entes de base corporativa, esto es, creados por asociación de personas privadas a los que se les encomienda la realización de determinadas funciones públicas, como son los Colegios Profesionales o las Cámaras Oficiales.

Este capítulo se dedica al estudiar la Administración institucional de carácter instrumental, y en otros veremos las Administraciones independientes y las corporativas.

La Administración especializada de base institucional se integra por toda una serie de organizaciones personificadas, que son organismos dotados de personalidad jurídica propia y formalmente independientes de la Administración matriz, pero fuertemente vinculados a la misma en cuanto creados para desempeñar funciones o para prestar servicios propios de ésta. La LOFAGE de 14.4.1997 ha establecido en nuevo marco jurídico general aplicable a los organismos de la Administración institucional estatal. Vamos a ver ahora los precedentes históricos de la descentralización funcional en estas organizaciones personificadas, que se inicia obviamente en la Administración del Estado aunque posteriormente se extenderá a las Corporaciones locales y en la actualidad a las CCAA.

A) Fábricas reales, establecimientos públicos y cajas especiales

Las **fábricas reales** –antecedente de lo que hoy son las empresas públicas– aparecen en el siglo XVIII como una manifestación de la política de fomento de la industria por la Administración (fábricas de tapices, de armas, de porcelanas etc.), pero esta política se paraliza en el siglo XIX en aplicación del dogma liberal de la incapacidad industrial del Estado. No obstante, en algunos sectores, como el militar y el minero, se mantendrá la presencia fabril del Estado.

Ya en el siglo XIX se generaliza la figura del **establecimiento público**, de origen francés, cuya aplicación más frecuente se dio en el campo de la gestión de servicios públicos asistenciales, como los de carácter benéfico (entre los que se contaban las Cajas de Ahorro– Montes de Piedad), sanitario (hospitales) y docentes (institutos, universidades). La singularidad jurídica de esta forma organizativa es la de conciliar la subordinación jerárquica a la autoridad ministerial con una relativa independencia en la gestión del servicio, de la que se responsabiliza a los propios funcionarios técnicos, como médicos, profesores, quienes normalmente forman un órgano colegiado (Claustro, Junta) en cuyo seno eligen a los responsables del establecimiento (Director, Decano, Rector). El Código Civil aludirá en numerosos preceptos a los establecimientos públicos oficiales, de beneficencia o de instrucción, pensados como entidades hacia las que se canalizarían las liberalidades de los particulares (herencias, legados, donaciones), a cuyo efecto se les reconoce personalidad jurídica para poseer toda clase de bienes, así como para contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales.

Debe citarse también, como factor que proyecta su influencia en la moderna Administración institucional, el fenómeno burocrático de las **cajas especiales**. El siglo XIX es un periodo en el que el Ministerio de Hacienda mantiene una pugna constante con los demás Departamentos para implantar la centralización en el Tesoro de todos los ingresos y gastos del Estado (unidad de caja) y para controlar su manejo. En la pugna de los demás Ministerios por eludir la cesión a un Departamento ajeno el manejo de los fondos propios (tasas recaudadas por la prestación de servicios, ahorros de cantidades no gastadas en ejercicios anteriores etc.), que se destinaban con frecuencia a compensar las insuficientes dotaciones presupuestarias del personal, éstos comenzaron a utilizar como procedimiento el adscribir estos fondos como recursos propios de organismos creados *ad hoc*. Las cajas especiales eran por tanto servicios administrativos liberados en parte del dogmatismo presupuestario, lo que, sin llegar a la atribución de personalidad jurídica, los hacía más libres y

eficaces en la administración de fondos públicos, pero a costa de incrementar los riesgos de corrupción por los menores controles. La Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 1958 acabó con estas prácticas de los fondos particulares de algunos organismos, y la posibilidad de constituir Servicios Administrativos sin personalidad jurídica pero dotados de una cierta autonomía de gestión fue definitivamente eliminada por la Ley General Presupuestaria de 1977.

B) La aplicación del Derecho privado y el sentido de la huida del Derecho administrativo

En el siglo XX, el aumento del intervencionismo público, una vez arrumbado el dogma de la incapacidad industrial del Estado, encontrará en los entes especializados el adecuado soporte institucional para realizar actividades comerciales o industriales. La Administración comienza, además, a utilizar en su actuación a través de entes instrumentales el derecho privado, bien manteniendo la personalidad pública del ente, o bien utilizando directamente formas de personificación privadas, en especial la forma de la sociedad anónima.

Por lo que respecta a la utilización de la sociedad anónima por las Administraciones públicas, hay que señalar que comienza durante la Dictadura de Primo de Rivera (con la creación de sociedades mixtas como CAMPSA o TABACALERA), y a nivel local se generaliza con el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924, que permite la administración de servicios municipales en forma de empresa privada. En la época de Franco, se utiliza mucho la fórmula de las sociedades mercantiles en mano pública, destacando en este sentido el INI, que, según su Ley creadora de 1941, es autorizado para utilizar los métodos de las sociedades anónimas privadas para sus fines estatales. Para facilitar esta fórmula, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 admitió, como excepción al requisito general de la constitución de sociedades con un mínimo de tres socios, que se pudiesen crear con uno solo cuando fueren promovidas por organismos estatales, provinciales o municipales, lo que reitera la actual Ley de SA (de 1990).

En otros casos, la utilización del derecho privado se realiza manteniendo la forma pública de personificación, mediante la figura de las entidades de derecho público que por ley ajustan sus actividades al derecho privado. El primer exponente de esta fórmula que nació como excepcional y ha acabado por convertirse en un modo normal de organización de la Administración, lo encontramos en el Estatuto de la red nacional de ferrocarriles españoles, la llamada RENFE, aprobado por una Ley de 1941, que configuró esta institución como una Entidad con personalidad jurídica de Derecho público pero actuando en régimen de empresa mercantil. Esta fórmula tuvo su continuación en el Banco de España, nacionalizado por un Decreto Ley de 1962 y con los Estatutos de los Puertos de diversas ciudades españolas, y hoy es una fórmula muy extendida de organización pública.

Parada duda de que sea constitucionalmente admisible este fenómeno de la huida por las instituciones públicas del Derecho administrativo y de los controles que comporta, disfrazándose de sociedades mercantiles o actuando simplemente a través del Derecho privado. A su juicio, la Constitución española contiene una auténtica reserva de Derecho administrativo (en cuanto recoge en diversos preceptos la existencia de un régimen administrativo y de una jurisdicción contencioso-administrativa controladora a través de la aplicación del derecho público), y por consiguiente, la huida del mismo, fuera del supuesto de realización de actividades empresariales análogas a las de los particulares y en las mismas condiciones que éstos, choca frontalmente con la ley fundamental. Además, señala este autor que la pretendida eficacia del Derecho privado no es tal si se trata de la gestión de patrimonios y fondos públicos, pues los mecanismos de control del Derecho privado no son operativos cuando no es posible la quiebra, al disponerse del ilimitado crédito que suponen los presupuestos públicos, y, en aquellos casos de sociedades mercantiles de capital exclusivamente público, ni los gestores responden ante una Junta general de accionistas, ni sus acuerdos pueden ser impugnados ante el juez civil.

2. MARCO NORMATIVO Y CLASES DE ORGANISMOS PUBLICOS

Tras las regulaciones de los entes institucionales realizadas por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de

1958 y la Ley General Presupuestaria de 1977, motivadas por la voluntad de someter este sector a una cierta disciplina normativa, la LOFAGE ha introducido, con la misma voluntad de racionalización de un sector que tiende a un crecimiento desordenado, un nuevo marco jurídico general aplicable a los organismos de la Administración estatal. La Clasificación de estos organismos y los elementos fundamentales de su régimen jurídico general son los siguientes:

1.- Organismos públicos: son entes públicos creados para la gestión de un servicio público o de actividades económicas bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado. Tienen personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como una cierta autonomía de gestión, pero están fuertemente controlados por el Ministerio u organismo del que dependen, a los que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad. Su creación se hace por Ley, que establece: sus fines generales, el Ministerio u organismo de adscripción, los recursos económicos y las peculiaridades de su régimen jurídico (de contratación, patrimonial, fiscal, de personal etc.) que exijan normas con rango de ley.

Pueden ser de dos tipos:

1.1.- Organismos autónomos.

1.2.- Entidades públicas empresariales.

- La diferencia fundamental entre ambos estriba en que los primeros, destinados a la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos *se rigen íntegramente por el Derecho administrativo*, mientras que las Entidades públicas empresariales, a las que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes públicos susceptibles de contraprestación *sólo se rigen por el Derecho administrativo en la formación de la voluntad de sus órganos y en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan encomendadas* (y cualquier otro aspecto que específicamente determine la ley), pero en el resto de su actividad se someten al Derecho privado.

2.- Sociedades Mercantiles Estatales. Son sociedades mercantiles en las que una Administración pública ostenta la mayoría o la totalidad del capital (no son entes públicos sino sociedades privadas y regidas, en cuanto tales, por el derecho privado). De acuerdo con la LOFAGE (disposición adicional 12ª): Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

3.- Junto a las dos anteriores categorías, perviven los que la doctrina denomina **entes públicos atípicos o apátridas** en cuanto no responden a las categorías generales sino que tienen un régimen jurídico singular, establecido en su Ley o Estatuto de creación. Se trata, por lo general, de entes públicos cuya finalidad no es el ejercicio de actividades de tipo empresarial o actividades que pueden prestarse en un régimen de derecho privado (como sucede con las entidades públicas empresariales), sino la realización de fines públicos, por lo que el objeto de su actividad se rige por el Derecho administrativo, mientras que someten su actividad logística, de contratación y personal, al Derecho privado (con lo que escapan de los rigores del control del Derecho público, sobre todo en materia de retribuciones funcionariales y de selección de contratistas, por lo que la doctrina los ha criticado como una forma grosera de huida del Derecho administrativo de entidades que ejercen funciones públicas). La LOFAGE cita diversos entes que continuarán rigiéndose por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley (disposiciones adicionales 7ª a 11).

RÉGIMEN GENERAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS ESTATALES (no entra en el Programa, pero su contenido debe utilizarse para contestar los epígrafes 3 y 4).

La regulación de los Organismos públicos parte de un régimen general aplicable a los dos tipos (Organismos autónomos y entidades públicas empresariales), para luego diversificar la regulación de unos y otras. Vamos a ver los aspectos comunes:

La **creación** de los Organismos públicos ha de realizarse por Ley, que establecerá sus fines generales, el Ministerio u Organismo al que se adscriban, los recursos económicos, las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan normas con rango de Ley. Los Estatutos se aprobarán por RD del Consejo de Ministros a iniciativa del titular del Ministerio de adscripción. La **modificación** de estos organismos deberá producirse por Ley cuando suponga la alteración de elementos que requieran una norma con este rango y en los demás casos se hará por Real Decreto. La **extinción** puede producirse:

- Por determinación de una Ley.
- Mediante RD acordado en Consejo de Ministros.
- Por transcurso del tiempo de existencia señalado en la Ley de creación.
- Porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por los servicios de la Administración General del Estado o por las CCAA.
- Porque sus fines hayan sido totalmente cumplidos y ya no se justifique su existencia.

Los Organismos públicos tienen atribuida **personalidad jurídica diferenciada**. En virtud de esta personalidad jurídica ostentan legitimación procesal activa y pasiva para estar en toda clase de procesos y ejercer todo tipo de acciones. Se trata, sin embargo, de una personalidad jurídica disminuida, más ficticia que real.

Este carácter más ficticio que real de la personalidad jurídica de los organismos públicos se revelen, en primer lugar, en su **dependencia ministerial**: los organismos autónomos dependen de un Ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que esté adscrito el organismo. Las entidades públicas empresariales pueden depender bien de un Ministerio o bien de un organismo autónomo.

El carácter más ficticio que real de esta personalidad jurídica se pone sobre todo de manifiesto en el **nombramiento de los órganos directivos**. No existe un criterio establecido en la Ley, lo que ha llevado a que los titulares de los órganos directivos de estos organismos sean o bien personas nombradas por los Ministros de los Departamentos a que están adscritos o bien los propios Ministros u otros altos cargos de los Departamentos, no existiendo en este último caso ni una mínima separación entre los titulares del ente matriz y tutelador y los del organismo tutelado.

El régimen jurídico de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales se diferencian, además de en cuanto que les es aplicable en los términos ya expuestos, en cuanto a:

- Su **financiación**. Las entidades públicas empresariales pueden realizar actividades susceptibles de contraprestación económica y se financian con los ingresos que se deriven de sus operaciones, con los recursos económicos derivados de su patrimonio y con los demás ingresos que estén autorizadas a percibir, pero sólo excepcionalmente, cuando así lo prevea su ley de creación, pueden asignárseles consignaciones específicas en los Presupuestos Generales del Estado o transferencias procedentes de las Administraciones o entidades públicas. Los organismos autónomos se financian fundamentalmente, en cambio, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
- El **régimen de su personal**, el propio de los Organismos autónomos será funcionario o laboral en los mismos términos establecidos para la Administración General del Estado. En cambio, el personal de las Entidades públicas empresariales se rige en principio por el Derecho laboral, salvo las excepciones relativas a los funcionarios públicos que se establezcan en su ley de creación.

3.- LOS ORGANISMOS AUTONOMOS.

La LOFAGE los define como aquellos que se rigen por el Derecho administrativo y a los que se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

Consecuentemente con esta aplicación del Derecho administrativo, **el nombramiento de los titulares** de los órganos de los organismos autónomos se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado. Asimismo, el **personal** de estos organismos será funcionario o laboral en los mismos términos establecidos para la Administración General del Estado, aunque la Ley de creación podrá excepcionalmente establecer peculiaridades en el régimen de personal del organismo autónomo.

Los organismos autónomos cuentan con un **patrimonio** propio, pudiendo adquirir, a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase. Pueden también tener adscritos, para su administración, bienes del patrimonio del Estado.

La **contratación** de los organismos autónomos se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas. El titular del Ministerio al que esté adscrito autorizará la celebración de los contratos que excedan de la cuantía previamente fijada por aquél.

El **régimen presupuestario y económico– financiero** de estos organismos será el establecido por la Ley General Presupuestaria. Están además sometidos al control de eficacia, para comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados, por parte del Ministerio al que estén adscritos.

Los actos y resoluciones de los órganos de los organismos autónomos son susceptibles de los **recursos administrativos** previstos en la Ley 30/92.

4. – ENTIDADES PUBLICAS EMPRESARIALES

La LOFAGE las define como organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público *susceptibles de contraprestación* y que *se rigen por el Derecho privado*, excepto en la formación de voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas y en aquellos otros aspectos previstos en la Ley, en sus estatutos o en la Ley General Presupuestaria.

Estas entidades, como expresa su propia denominación como empresariales, están a mitad de camino entre los organismos autónomos y las sociedades estatales puras y simples y, consecuentemente, siguen un régimen jurídico mixto.

Su **personal**, como se ha dicho, se rige en principio por el Derecho laboral, salvo las excepciones relativas a los funcionarios públicos que se establezcan en su ley de creación. El personal directivo se rige por el contrato laboral de alta dirección, y su selección ha de realizarse con arreglo a criterios de competencia profesional y atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, requieren el informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, con lo que se pretende evitar la utilización fraudulenta que se ha realizado de formas empresariales para subir las retribuciones del personal de forma arbitraria y discriminatoria en relación con los demás servidores públicos.

El régimen de **contratación** y del **patrimonio** de estas entidades públicas empresariales es el mismo que el

establecido para los organismos autónomos.

El **régimen presupuestario y económico– financiero** de estas entidades públicas empresariales será el establecido por la Ley General Presupuestaria. Están además sometidas al control de eficacia por parte del Ministerio y, en su caso, el organismo autónomo al que estén adscritas.

A la jurisdicción contencioso– administrativa le corresponde enjuiciar los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas por estas entidades, previos los recursos administrativos previstos en la Ley 30/92. Cuando se trate de actos sometidos al derecho privado, procederá la vía judicial civil o laboral, previa la reclamación previa que será resuelta por su órgano máximo, salvo que tal competencia se atribuya por sus estatutos al Ministerio u Organismo autónomo al que esté adscrita.

5.- SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

Son sociedades mercantiles en las que una Administración pública ostenta la mayoría o la totalidad del capital (no son entes públicos sino sociedades privadas y regidas, en cuanto tales, por el derecho privado). De acuerdo con la LOFAGE (disposición adicional 12ª): Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Tanto la creación de estas sociedades (que puede hacerse bien por la constitución de una sociedad nueva o por la compra de un paquete mayoritario de acciones en una existente) como su extinción (bien por disolución de la sociedad o por su privatización), sólo requiere un acuerdo del Consejo de Ministros (no es necesaria Ley, como en el caso de los Organismos públicos).

La participación pública en estas empresas bien puede ser asumida directamente por la Administración del Estado, en cuyo caso las empresas son gestionadas bajo la dependencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado, del Ministerio de Economía y Hacienda, o bien puede instrumentarse a través de Entidades de Derecho Público, destacando en este sentido los holdings de empresas que pertenecían al Instituto Nacional de Industria y al Instituto Nacional de Hidrocarburos y que, tras la reforma operada por el Decreto– ley de 16 de junio de 1995 que suprimió estos dos organismos, se adscribieron a la Agencia Industrial del Estado si se trataba de entidades mercantiles sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial o a regímenes especiales derivados de su situación personal y a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales en los demás casos.

La LOFAGE pretende evitar que se utilice la fórmula de la sociedad mercantil para el ejercicio de funciones públicas y de contratación de obra pública, al prohibir que estas sociedades puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de funciones de autoridad pública y al diseñar la fórmula alternativa de las entidades públicas empresariales. Sin embargo, cuando se trata del legislador, éste no se encuentra vinculado, a la hora de crear o regular el régimen jurídico de un ente instrumental, ni por la tipología de organismos establecida en la LOFAGE ni por la delimitación de sus respectivos ámbitos funcionales, y cuando se trata del Gobierno, éste se encuentra únicamente limitado por la prohibición de atribuir a las sociedades mercantiles estatales facultades que impliquen el ejercicio de autoridad, lo que no le impide utilizar la fórmula de estas sociedades para el desempeño de funciones prestacionales, para la gestión de servicios o para la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación que, en principio, son propias de las entidades públicas empresariales pero que no implican necesariamente el ejercicio de autoridad pública.

Las sociedades mercantiles estatales se rigen por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, pero la Ley General Presupuestaria les impone determinadas formas de control que no se dan en las sociedades de capital privado, como son:

- Elaboración anual de un programa de actuación, inversiones y financiación.

- Asimismo, deben elaborar un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital donde se detallen los recursos y dotaciones anuales correspondientes.

Estos presupuestos deben ser remitidos, a través del Departamento del que dependan, al Ministerio de Hacienda antes del 1 de mayo de cada año, acompañados de una memoria explicativa y de la liquidación del presupuesto del ejercicio anterior, a efectos de la inclusión en los Presupuestos Generales del Estado.

- El control de eficacia de estas sociedades se ejercerá por el Organismo autónomo que en ellas tenga participación mayoritaria o, en su caso, por el Ministerio del que dependa directamente.

6.- LOS ENTES PUBLICOS ATÍPICOS O APATRIDAS

Se trata de entes que no responden a las categorías generales sino que tienen un régimen jurídico singular, establecido en su Ley o Estatuto de creación. Tanto la Ley de Entidades Estatales Autónomas como la Ley General Presupuestaria de 1977 excluyeron de su ámbito de aplicación determinados entes atípicos que no respondían a sus regulaciones generales. Se trata, por lo general, de entes públicos cuya finalidad no es el ejercicio de actividades de tipo empresarial o actividades que pueden prestarse en un régimen de derecho privado (como sucede con las entidades públicas empresariales), sino la realización de fines públicos, por lo que el objeto de su actividad se rige por el Derecho administrativo, mientras que someten su actividad logística, de contratación y personal, al Derecho privado (con lo que escapan de los rigores del control del Derecho público, sobre todo en materia de retribuciones funcionariales y de selección de contratistas, por lo que la doctrina los ha criticado como una forma grosera de huida del Derecho administrativo de entidades que ejercen funciones públicas).

Las disposiciones adicionales de la LOFAGE cita diversos entes ya existentes que no se incluyen específicamente en ninguna de las categorías establecidas por esta Ley, como son:

- El Banco de España, que se registrará por su legislación específica.
- La Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes, que continuarán rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y supletoriamente por esta Ley.
- La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, todos los cuales se registrarán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley.
- Debe asimismo incluirse aquí a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, pues aunque la Ley (disposición adicional 6ª), afirma que les serán de aplicación las previsiones de esta Ley, relativas a los Organismos autónomos, excluye tal aplicación y se remite a su legislación específica en los aspectos más importantes de su régimen jurídico (régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como lo relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica), que se registrarán por su legislación específica, constituida fundamentalmente por la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La LOFAGE pretende limitar *pro futuro* la creación de este tipo de entes atípicos para burlar la disciplina reguladora del conjunto de los entes institucionales, pues establece (disposición adicional décima) que, a partir de su entrada en vigor, los organismos públicos a los que se les reconozca la independencia funcional o una especial autonomía sólo se registrarán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía y en los demás extremos, y en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su actuación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso, resulten procedentes, teniendo en cuenta las

características de cada Organismo (lo que es más una declaración de deseo que otra cosa, pues evidentemente, *lex posterior derogat priori*, y la ley que establezcan un determinado organismo podría excepcionar lo dispuesto en la LOFAGE).

7.- LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA

Se denominan empresas mixtas (a nivel estatal) aquellas en las que el Estado participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas privadas. La Ley de Contratos del Estado (de 18 de mayo de 1995), las contempla desde la perspectiva de la gestión de los servicios públicos (que es a la que se refiere en este epígrafe el profesor Parada). Desde este punto de vista, resulta necesario comenzar por explicar que la Administración puede gestionar los servicios públicos que tiene encomendados directamente o bien indirectamente, mediante contrato, siempre que, en este último caso, tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, no pudiendo nunca prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art.156 de la LCE). Pues bien, y volviendo a las empresas mixtas, cuando la participación pública en las mismas sea exclusiva o mayoritaria, la Ley considera que estamos ante una forma de gestión directa del servicio público por la propia Administración y excluye, por consiguiente, la aplicación de sus normas de contratación. Por el contrario, si la participación pública es minoritaria, la LCE considera que estamos ante una forma de gestión indirecta a la que, al igual que las demás previstas en la ley (concesión, gestión interesada y concierto), se le deben aplicar los procedimientos de adjudicación del contrato previstos en la Legislación de Contratos del Estado.

Las empresas de economía mixta pueden constituirse *ex novo* por el Estado o mediante la adquisición por el Estado de capital en una empresa preexistente. En ambos casos, la participación pública debe ser en principio, según establece el Reglamento de Contratos del Estado, mayoritaria, salvo que el Gobierno acuerde expresamente lo contrario, en cuyo caso, se nombrará a un Delegado del Gobierno cerca de la Sociedad con facultades de inspección y vigilancia oportunamente regladas (art.206).

Cuando las Empresas de economía mixta sean, al propio tiempo que gestoras de un servicio público, Sociedades Estatales (porque la participación pública sea mayoritaria), se someterán a las normas de control presupuestario y contable que se establecen en la Ley General Presupuestaria.

En cuanto a la **valoración y futuro** de las Empresas mixtas, señala Parada que si hace unas décadas se veía esta fórmula como una feliz combinación de esfuerzos de capital privado y Administración, en la actualidad este optimismo se ha visto rebajado ante algunas críticas que han puesto de manifiesto las contradicciones intrínsecas que conlleva. Los economistas han puesto así de relieve que en las Empresas mixtas los intereses privados tienden a dominar sobre los intereses públicos. También se ha advertido que los titulares del capital privado pierden agresividad empresarial y sentido de la responsabilidad ante la confianza que supone la compañía de un socio tan poderoso y nutrido como el Estado, cuya quiebra es inimaginable. También se critica a la empresa mixta como entidad concesionaria de servicios públicos, porque se dice que el móvil de lucro de las sociedades mercantiles se muestra contradictorio con los postulados del servicio público, que obligan a una constante mejora de las prestaciones a los usuarios por encima de las consideraciones de rentabilidad estrictamente comerciales. Así, las políticas de congelación de tarifas pueden ser buenas para el usuario y rentables para el servicio público pero llevan a la descapitalización de la empresa en fraude de los inversores privados. Estos problemas han provocado un desplazamiento de la utilización de las empresas mixtas de los servicios públicos tradicionales, sostenidos con tarifas percibidas directamente de los usuarios, hacia sectores de servicios sociales como el urbanismo y la vivienda, que permiten operaciones de inversión en tiempo más breve y de liquidación más inmediata.

8.- LAS AGRUPACIONES DE LOS ENTES PÚBLICOS: (LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS Y) LOS CONSORCIOS

Se trata de personificaciones instrumentales, dotadas de personalidad jurídica y creadas por la asociación de dos o más entes públicos (y, eventualmente, de entidades o personas jurídicas privadas) para el desarrollo de una función pública de interés común a los entes asociados, o de una actividad de interés general.

En nuestro ordenamiento jurídico, dos son los tipos básicos de personificaciones de esta naturaleza, fundamentalmente regulados por la legislación local.

- **La Mancomunidad de Municipios.** Es un ente formado por la asociación de varios municipios para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia (art.44.1 LBRL). Se trata de una entidad de constitución voluntaria y cuya regulación se contiene en la norma fundacional de la misma –sus Estatutos–, que han de determinar el ámbito territorial de la entidad, su objetivo y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento (art.44.2 LBRL).
- **El Consorcio.** Se contempla en la LBRL como un complemento lógico de la mancomunidad: mientras ésta se constituye por la asociación de entes de la misma naturaleza (municipios), el consorcio surge de la asociación de una entidad local cualquiera con otras Administraciones públicas para fines de interés común (que no sean obviamente municipios, pues en ese caso estaríamos ante una mancomunidad), o bien con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas (una cámara de comercio, una fundación, una asociación privada etc.). Al igual que las mancomunidades, gozan de personalidad jurídica propia y se remite a sus Estatutos todo lo relativo a su organización y funcionamiento. La figura del Consorcio se contempla hoy también en la Ley 30/92 como forma de personificación que pueden crear el Estado y las Comunidades Autónomas para la gestión de los convenios de colaboración que celebren en el ámbito de sus respectivas competencias. La ley remite a los Estatutos del Consorcio la determinación de los fines del mismo, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero, imponiendo sólo que los órganos de decisión estén integrados por representantes de todas las entidades consorciadas (arts.6 y 7).

9. LA PROBLEMÁTICA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN ESPAÑA

Al lado de la Administración institucional común, constituida por una constelación de organismos personificados, pero sujetos política y jurídicamente al control del Gobierno, quien nombra y destituye libremente a sus gestores, el ordenamiento regula otras organizaciones especializadas con pretensiones de independencia jurídica y política. Fuera de nuestras fronteras estos organismos públicos se han denominado Comisiones, Agencias, Autoridades o Administraciones independientes.

Dos notas fundamentales caracterizan a estos organismos públicos:

- *Son Administraciones*, esto es, se integran en el conjunto de la Administración del Estado y tienen encomendada la gestión de un servicio público o el ejercicio de una función pública con responsabilidad externa respecto de terceros.
- *Son independientes*, en cuanto sus órganos directivos son independientes del Gobierno en mayor o menor medida, bien *porque pertenecen o son designados por otro poder* (caso de los miembros del Consejo de Administración de RTVE o de los magistrados que componen la Administración electoral), o bien *porque aun siendo nombrados por el Gobierno no pueden ser separados libremente por él durante la duración de su periodo de mandato* (caso del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en los que han de respetarse los nombramientos por un plazo de cuatro años).

En todos los países en que se ha detectado el fenómeno de las Administraciones independientes, éstas parecen haberse especializado en la gestión de actividades directamente relacionadas con los derechos fundamentales o con relevantes funciones económicas (bancos centrales, bolsas de valores, defensa de la competencia). Sin embargo, la realidad varía mucho en cada país y, en el nuestro, el primer organismo al que la ley llama

independiente, la Junta de Energía Nuclear, lo fue por razones de seguridad. No caben pues, criterios finalistas en la definición de las Administraciones independientes, sino formales, y en ese sentido, como hemos dicho, administraciones independientes son aquellas que, correspondiendo por naturaleza a la órbita de las funciones o servicios del poder ejecutivo, sus cúpulas u órganos directivos son sustraídos a la dirección del Gobierno, al que se le limitan o excluyen los poderes de nombramiento o destitución, de tal forma que la Administración independiente cuenta con un centro propio de dirección política, de imputación de responsabilidad.

Como precedentes históricos en nuestro país de Administraciones independientes pueden citarse, en primer lugar, las **Reales Academias**, integradas todas ellas en el Instituto de España (Decreto de 18 de abril de 1945), cuya tradición se remonta al siglo XVIII, y en las que se da el máximo grado de independencia, pues los titulares de sus órganos de gobierno se eligen por cooptación sin interferencia alguna del Gobierno.

También en algunos establecimientos públicos tradicionales, como la **Universidad**, la potestad gubernamental de nombramiento y remoción de los cargos de los rectores aparecía condicionada no sólo por la necesidad de elegir a un profesional de la docencia, un catedrático, sino por la necesidad de que se eligiera entre los propuestos por los órganos de la propia Corporación. En la dictadura de Primo de Rivera, aparte del caso notable de las Confederaciones Hidrográficas, de indudable origen americano, se crean asimismo unos organismos consorciales, reguladores de sectores económicos y semi- independientes del Estado.

Por otra parte, algunos supuestos pasados de jurisdicciones especiales deben verse ahora como supuestos de Administraciones independientes por estar orientados al ejercicio de funciones arbitrales o cuasi- judiciales. En este sentido, puede destacarse el caso del **Tribunal de Defensa de la Competencia**, cuya Ley, de 1963, está inspirada en la *Interstate Commerce Commission* norteamericana. Sus consejeros, nombrados todos ellos por el Gobierno, disfrutaban de una situación temporal de inamovilidad.

10.- LOS SUPUESTOS DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA

Partiendo de esas dos notas que caracterizan a las Administraciones independientes Parada analiza que entes u órganos citados por la Constitución pueden considerarse como Administraciones independientes y cuáles no responden a esta caracterización a pesar de que reúnen algunas de sus características.

Por lo que respecta a estos segundos, Parada cita varios órganos que cita la Constitución pero que no han de considerarse Administraciones independientes, porque *se trata de órganos constitucionales que se sitúan fuera de la Administración, con una función de control o asesoramiento de la misma*:

1.- El Defensor del Pueblo

2.- El Tribunal de Cuentas

La función de estos dos órganos es, justamente, la de controlar a la Administración y tienen una clara vocación de dependencia del poder legislativo por expreso mandato de la Constitución. Se trata de órganos constitucionales que no se integran en el conjunto de la Administración del Estado y no puede decirse de ellos que gestionen un servicio o ejerzan una función pública con responsabilidad externa respecto de terceros, por lo que quedan fuera del concepto.

3.- El Consejo de Estado. Lo define la Constitución como el supremo órgano consultivo del Gobierno, y es un órgano independiente porque, de los miembros nombrados por el Gobierno, los Consejeros permanentes no pueden ser removidos de por vida (es un cargo vitalicio) y los electivos en un plazo de cuatro años. Parada no lo considera, sin embargo, integrado en las Administraciones independientes sino como un órgano constitucional, dado que es un órgano más de control que propiamente consultivo y que comparte poderes decisorios con el tribunal Supremo en materia de resolución de conflictos jurisdiccionales entre la

4.- El **Consejo Económico y Social**

El carácter consultivo de este organismo, previsto en el art. 131 de la Constitución y que asesora al Gobierno en materia económica y social, descarta que se plantee su asimilación a las Administraciones independientes, que, como hemos dicho, gestionan un servicio o ejercen funciones públicas con responsabilidad externa respecto de terceros. Según su Ley de creación, de 1991, se compone de 60 miembros y un Presidente nombrado por el Gobierno. Un tercio de sus miembros nombra a propuesta de las organizaciones sindicales, otro tercio a propuesta de las patronales, y otro tercio es designado por el Gobierno entre expertos en las materias propias del Consejo.

Parada sitúa también fuera del concepto, aunque próximo a él a los **Colegios Profesionales** previstos en el art.36, porque aun siendo Administraciones, dada su naturaleza corporativa y su carácter mixto público-privado no pueden ser consideradas propiamente como Administraciones del Estado

Parada sí considera en cambio Administraciones independientes con apoyo más o menos directo en la Constitución:

1.- Las **Universidades**

La Ley de Reforma Universitaria (Ley Orgánica 11/1983, de 23 de agosto), de acuerdo con la autonomía universitaria reconocida por la CE (art. 27.10), atribuye el gobierno de cada Universidad a diversos órganos (Claustro, Junta de Gobierno y Rector) elegidos todos ellos por la comunidad universitaria, constituida, además de por los profesores, por el personal docente y los alumnos. Los miembros de estos órganos colegiados son nombrados y cesados sin intervención alguna del Gobierno.

2.- El **Consejo de Universidades**

El respeto a la autonomía universitaria ha llevado a atribuir las funciones de ordenación, coordinación, planificación, propuesta y asesoramiento de las universidades a una Administración independiente, el Consejo de Universidades. Esta presidido por el Ministro de Educación y Ciencia y compuesto por: los responsables de la enseñanza universitaria de las CCAA, los Rectores de las universidades públicas y quince miembros nombrados entre personas de prestigio, elegidos en tercios por el Gobierno, el Congreso y el Senado.

3.- El **Consejo de la Juventud de España**

Fue creado por Ley 18/1983, de 16 de noviembre, que pretende desarrollar el art. 48 CE (*Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*). La Ley diseña el Consejo como una Entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que se concretan en una actividad de fomento del asociacionismo juvenil y en la colaboración con la Administración. En sus órganos rectores, la Asamblea y la Comisión Permanente, no existe ningún miembro nombrado por el Gobierno, pues se componen exclusivamente por los delegados de las diversas asociaciones que pueden ser miembros del Consejo, en número variable, según el grupo en que se clasifican, y en función del número de afiliados y ámbito de implantación.

4.- El Ente Público **Radiotelevisión Española**.

Las singularidades organizativas de RTVE, que intentan justificarse en el art. 20.2 CE, suponen una intervención tan determinante del poder legislativo en su organización y control que bien pudiera calificarse como un *servicio público parlamentario*. Su Estatuto (de 10 de enero de 1980), configura como órgano

supremo del Ente al Consejo de Administración, formado por 12 miembros que se eligen, por mitad y por mayoría de tres quintos, por el Congreso y el Senado. Este Consejo de Administración lo es, a su vez, de las Sociedades gestoras (dos sociedades mercantiles estatales que son: Radio Nacional de España y Televisión Española), ostentando sobre el Ente y sobre éstas las más importantes facultades. La responsabilidad y la presencia del Gobierno se articula a través de su facultad de nombrar al Director del Ente Público, que también ejerce funciones directivas sobre las sociedades gestoras. Pero incluso en este caso, el nombramiento y el cese han de hacerse previa audiencia del Consejo de Administración, y la duración del mandato es de cuatro años estando tasadas las causas para su cese (incompetencia manifiesta, imposibilidad física y condena por delitos doloso).

Este resultado no es, a juicio de Parada y de García de Enterría, el querido por la Constitución. Señala en este sentido Enterría que el pluralismo de la sociedad que conforme al art. 20.3 ha de respetarse en los medios de comunicación social dependientes del Estado es un *pluralismo informativo*, en el que lo que importa no es la base representativa de sus componentes sino que se establezca un tipo de organización que asegure decisiones pluralistas, que hagan posible el acceso a dichos medios de todos los grupos políticos y sociales. A juicio de Parada, este tipo de organización lo que requiere es un especial refuerzo del control parlamentario pero no resulta incompatible con la dependencia del servicio del Gobierno, sino todo lo contrario, pues en la actual fórmula ese control parlamentario deviene incluso inoperante desde el momento en que son las propias Cortes las responsables de la gestión del Ente a través de su competencia para nombrar a los gestores de éste (pues cualquier posterior censura de éstos en aras del control se vuelve, en cierto modo, en autocensura de las propias Cortes, por culpa *in eligendo*).

11.- ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES NO PREVISTAS EN LA CONSTITUCION

Diversas Administraciones independientes se han constituido sin mención alguna en la Constitución, y sin reparar si es o no constitucionalmente lícito que se sustraigan al Gobierno, y se encomienden a otros poderes públicos, los poderes de nombramiento y remoción de los titulares de sus órganos de dirección.

1.- El **Consejo de Seguridad Nuclear**. Creado por Ley de 22 de abril de 1980, con competencias en seguridad nuclear y protección radiológica, que incluyen importantes funciones, como la de emitir informes con carácter preceptivo y vinculante para el otorgamiento de concesiones sobre instalaciones nucleares, así como realizar toda clase de inspecciones sobre ellas. La pérdida de poder y responsabilidad gubernamental se hace en este organismo en beneficio del poder legislativo, y tiene su razón de ser en la búsqueda de la competencia científica y de la corresponsabilidad parlamentaria a la hora de dirigir este delicado sector ante el temor de la opinión pública por los riesgos de la energía atómica. La responsabilidad del Congreso de los Diputados en la gestión de este organismo se concreta en la obligación de trasladar a la Comisión Parlamentaria de Industria y Comercio las propuestas de designación de los Consejeros, para su aceptación o rechazo por mayoría de tres quintos de sus miembros. Además, la Comisión ha de emitir informe favorable para la destitución de los Consejeros por razón de incapacidad o falta de diligencia. El Consejo dispone de recursos propios y tiene que rendir cuentas de su actividad al Parlamento; no recibe instrucciones ni directivas del Gobierno, el cual no responde de sus actos ante el Parlamento.

2.- La **Administración Electoral**. Regulada por la Ley Electoral General, de 19 de junio de 1985, su misión es asegurar la objetividad de las consultas electorales, con poderes casi omnímodos durante el proceso electoral en todo lo relacionado con la campaña y la proclamación de candidatos y elegidos. Es una organización sin personalidad jurídica y su composición orgánica es: Junta Central, Juntas Provinciales, de Zona o de Comunidad Autónoma. Esta integrada en gran parte por miembros del Poder Judicial y así, la Junta Central tiene una mayoría de magistrados profesionales (8), nombrados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial, y por catedráticos de Derecho (5) nombrados por el Gobierno a propuesta de las organizaciones políticas.

En otros casos, la neutralidad e independencia de las Administraciones independientes se asegura sin traslado

al poder legislativo ni a los jueces del nombramiento y remoción de los titulares de sus órganos de dirección, simplemente con arreglo a la técnica del mandato fijo y de autolimitación del poder gubernamental. Así se configuran:

3.– El **Banco de España**. La Ley vigente, de 1 de junio de 1994, se titula de Autonomía del Banco de España ha modificado parcialmente la regulación de esta institución para adecuarla a las exigencias introducidas por el Tratado de la Unión Europea. La autonomía orgánica consiste en la inamovilidad del Gobernador, Subgobernador y los seis Consejeros que integran el Consejo General del Banco, durante un periodo de mandato de 6 años (no renovable), pues una vez nombrados por el Gobierno no pueden ser separados libremente por él, sólo pueden serlo a propuesta del Consejo General del Banco por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, incumplimiento grave de sus obligaciones, incompatibilidad sobrevenida o procesamiento por delito doloso. Además, el Banco de España se beneficia de ciertas garantías de independencia funcional, pudiendo elegir con autonomía los medios necesarios para ejecutar los objetivos de política monetaria dictados por el Gobierno, entre otros, mediante el dictado de normas para el ejercicio de sus competencias, las circulares del Banco de España que son verdaderos reglamentos.

4.– La **Comisión Nacional del Mercado de Valores**. Creada por Ley de 28 de julio de 1988. Su Consejo está integrado, aparte de los Directores Generales del Tesoro y del Subgobernador del Banco de España, por el Presidente, un Vicepresidente y tres Consejeros, nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, entre personas de reconocida competencia relacionadas con el mercado de valores. Su mandato es de 4 años, y antes de su transcurso sólo pueden ser separados previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delitos doloso.

5.– El **Tribunal de Defensa de la Competencia**. Creado por una Ley de 1963, su Presidente y sus Consejeros son nombrados por 6 años, renovables, y sólo pueden ser destituidos por causas justas y tasadas establecidas en la propia Ley. A pesar de su denominación no es un órgano jurisdiccional: otorga autorizaciones de determinadas prácticas restrictivas y puede imponer graves sanciones, pero éstas son siempre impugnables ante la jurisdicción contencioso– administrativa.

6.– La **Agencia de Protección de Datos**. Sus funciones, establecidas en la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992, relativa al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, consisten en limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento de datos de tratamiento automatizado de datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos. La garantía orgánica de independencia consiste en la inamovilidad de su Director, que una vez nombrado por el Gobierno entre las personas que componen el Consejo Consultivo, tiene un mandato de 4 años en el que sólo podrá ser cesado por el Gobierno previa instrucción de expediente, en el que necesariamente serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso. El Director no está además sujeto a instrucción alguna. El Consejo Consultivo lo componen un Diputado y un Senador, 3 representantes de las Administraciones públicas, un representante de los titulares de ficheros privados, uno de las organizaciones de consumidores y usuarios, un miembro de la Real Academia de la Historia y un experto en la materia propuesto por el Consejo de Universidades.

7. **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**. Creada por la Ley de 24 de abril de 1997 sobre liberalización de las comunicaciones. A esta Administración independiente se le aplican ya las disposiciones de la LOFAGE, en virtud de las cuales se rige por sus normas propias en cuanto le aseguren su independencia funcional, y por las de los Organismos públicos en todo lo demás. Tiene por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado, y ejercer de órgano arbitral sobre conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios en este sector. Está regida por un Consejo compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y 7 Consejeros nombrados

por el Gobierno, mediante RD adoptado a propuesta del Ministro de Fomento (al que se adscribe este organismo), entre personas de reconocida competencia profesional relacionadas con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados. La autonomía orgánica consiste en la inamovilidad del Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros, pues una vez nombrados por un periodo de 6 años (renovable una sola vez), sólo cesan en su cargo sólo pueden ser separados por el Gobierno, previa instrucción de expediente por el Ministro de Fomento, por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso.

12.- PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

Las Administraciones independientes son en casi todos los países, salvo Inglaterra, constantemente cuestionadas desde el punto de vista de su constitucionalidad. En España, Parada pone en cuestión estos organismos por varios motivos:

- Porque al sustraer al Gobierno la facultad de nombrar y remover a los titulares de sus órganos directivos no puede considerarse a aquél políticamente responsable de su funcionamiento. Esta técnica resulta difícilmente compatible con el art. 97 de la CE, que establece que el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, y esta dirección implica, en principio, la libre designación y remoción de los titulares de los órganos directivos de todas las organizaciones que formalmente integran la Administración pública. Sólo así es posible exigir al Gobierno la responsabilidad política que pueda derivarse de su defectuoso funcionamiento.
- Porque las Cortes Generales no tienen reconocida capacidad para autoatribuirse por leyes ordinarias poderes de nombramiento o destitución de los gestores de estos organismos públicos, fuera de las competencias tasadas previstas en la Constitución para nombrar a los responsables de poderes públicos (como ocurre con los miembros del Consejo General del Poder Judicial o los Magistrados del Tribunal Constitucional) o de determinadas instituciones que actúan como comisionadas del Legislativo (Defensor del Pueblo o Tribunal de Cuentas).
- Esta extensión de la competencia del Parlamento sobre nombramiento de los titulares de los órganos de gestión de los servicios públicos, además de no contar con apoyatura constitucional, resulta incompatible con la función de control del ejecutivo que las Cortes tienen atribuida y la independencia que reclama su ejercicio, como vimos en el caso de RTVE.
- Tampoco el Poder Judicial puede, a juicio de Parada, implicarse en la gestión de servicios y funciones públicas restringiendo la cuota de competencia y responsabilidad del Gobierno. Aunque el art. 117 admite que los jueces y magistrados desempeñen además de las funciones que les son propias las que se le atribuyan en garantía de cualquier derecho, esa salvedad no ampara el empleo de la judicatura en funciones ejecutivas, que en un segundo momento pueden ser enjuiciadas por un orden jurisdiccional (como ocurre en materia electoral), mermando la independencia de éste.
- Por lo que respecta a aquellos organismos en que son los representantes de instancias sociales o de los usuarios los que forman parte del órgano de dirección de un organismo encargado de una función o servicio público, considera Parada que suponen una forma de participación directa en el servicio de un grupo de ciudadanos que no puede justificarse en el principio de participación que consagra la CE (arts. 9.2 o 129), pues deja sin efecto la participación del conjunto de los ciudadanos, de todo el pueblo, que se articula a través del sistema electoral, atribuyendo la dirección y responsabilidad de todos los servicios públicos al Gobierno democráticamente elegido y a las personas que éste designe y destituya y de cuya actuación, por ello, debe responder.
- Además, por último, señala Parada que, admitir que determinadas funciones o servicios públicos exigen garantías especiales contra el Gobierno, es tanto como aceptar que en el común de ellas la objetividad y la imparcialidad no se respeta, conclusión constitucionalmente inaceptable, pues la CE obliga a todas las Administraciones pública a servir con objetividad los intereses generales y a organizar todo el sistema de función pública con arreglo a reglas que garanticen la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (art. 103). No cabe, por ello, que unas Administraciones sean más objetivas y neutrales que otras por razón de la función que desempeñan,

pues todas deben serlo por igual, y es responsabilidad del Gobierno que se respete esa independencia administrativa constitucionalmente garantizada.

TEMA XII. LA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.- CARACTERIZACIÓN GENERAL

Podemos **definir** las Corporaciones como asociaciones forzosas de particulares, creadas por el Estado, que, igualmente, les atribuye personalidad jurídica para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privativos de sus miembros, desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico, cuyo ejercicio se controla por la jurisdicción contencioso- administrativa.

La Administración corporativa constituye un fenómeno de auténtica y verdadera descentralización funcional, ya que el Estado no manda sobre las Corporaciones ni dirige su actividad a través del nombramiento y cese de sus directivos, como ocurre en los organismos autónomos, sino que las Corporaciones se gobiernan a través de representantes elegidos por sus miembros.

La Administración corporativa constituye el límite entre los entes públicos y los privados, haciendo de frontera entre unos y otros, pues las Corporaciones poseen elementos propios de las asociaciones privadas y otros propios de los entes públicos.

Como elementos de carácter privado podemos señalar:

- Se trata de asociaciones de particulares dirigidas a la defensa de los intereses privados de sus miembros.
- Su sostenimiento económico corre a cargo, normalmente, de las cuotas u otras aportaciones de los miembros de la Corporación sin financiación pública.

Como elementos de carácter público podemos destacar:

- El origen público de su constitución, pues son creadas por un acto de poder, una norma, que define su estructura y fines y del que nace formalmente su personalidad jurídica.
- La obligatoriedad indirecta de la integración de sus miembros, pues aunque el ordenamiento no impone forzosa y directamente la incorporación sí lo hace indirectamente, en cuanto constituye un requisito sine qua non para el ejercicio de determinada profesión o actividad o para ostentar la titularidad de un derecho.
- El carácter monopolístico de las organizaciones corporativas, en cuanto no cabe más que una sola y única organización corporativa para operar con determinadas finalidades y sobre un mismo colectivo, mientras que lo típico de la regulación de las asociaciones privadas es que existe la más completa libertad para crear cuantas organizaciones deseen los ciudadanos sobre un mismo grupo de personas y con idénticas finalidades.

Como consecuencia de este carácter mixto de las Corporaciones, se las dota también de un **régimen jurídico mixto**, en el que lo esencial de su actividad, es decir, la relacionada con sus fines institucionales y la relativa al funcionamiento de su estructura orgánica, se somete al Derecho público y a la jurisdicción contencioso- administrativa, mientras que la actividad logística o intendencia del organismo se rige por el Derecho privado (sus bienes son privados, sus empleados se rigen por el Derecho laboral, y no se aplican las reglas de la contratación pública o de la contabilidad pública).

En la actualidad, la Administración institucional abarca los Colegios profesionales y las distintas variedades

de Cámaras Oficiales y Cofradías de Pescadores y organizaciones análogas. Existen también razones para incluir en ella a las Federaciones Deportivas y también puede ampliarse el concepto a Corporaciones de intereses patrimoniales, como las Comunidades de Regantes.

2. EVOLUCION HISTORICA

Las primeras corporaciones que pueden considerarse como antecedentes directos de las actuales tienen su origen en Europa en el siglo XII. La Corporación y el Gremio medievales sirven inicialmente a la causa de la libertad de los mercaderes y artesanos frente al feudalismo y en los siglos siguientes constituirán la base de la disciplina económica, fijando la competencia entre los oficios, determinando los precios, facilitando la distribución de la materia prima y reglamentando todo cuanto hace referencia al trabajo de los oficios. En un principio eran asociaciones voluntarias, pero con el tiempo se pasará a imponer la obligatoriedad de la adscripción para poder ejercer cualquier oficio o profesión.

Las poderosas organizaciones medievales van a entrar en colisión en la Edad Moderna, primero con el Estado absoluto y posteriormente con los postulados de individualismo y libertad que acaudillará la Revolución Francesa. Destaca en este sentido la famosa Ley Chapellier (en honor del Diputado que tuvo la iniciativa), de 17 de marzo de 1791, cuyo Preámbulo expresa todo el radicalismo individualista y antisociativo de los revolucionarios, y que estableció la prohibición formal de cualesquiera asociación y, por ende, de todo tipo de gremio o corporación. En nuestro país, la eliminación de las corporaciones medievales comienza también en el siglo XVIII a imitación francesa. En la etapa liberal de la Constitución de Cádiz, puede destacarse el Decreto de 3 de junio de 1813 que proclama la libertad de industria, sin que sea necesario para su ejercicio examen, título o incorporación alguna. Se suprimen asimismo los Colegios profesionales y se prohíbe todo tipo de asociación, no sólo las estrictamente corporativas.

La Administración corporativa renacerá lentamente en el siglo XIX a través de creaciones singulares realizadas desde el Estado y por consiguiente tuteladas y controladas por él, es decir, sobre un nuevo esquema. Napoleón autorizará así las Cámaras Oficiales y reconstruirá el Colegio de abogados, no para favorecer a estos profesionales, sino precisamente para controlarlos. En España se imita el ejemplo francés de las Cámaras y también resurgirán los Colegios profesionales a lo largo del siglo XIX.

En el siglo XX, la organización corporativa conocerá una etapa de máxima potenciación bajo las formas autoritarias del Estado, que no sólo la permiten sino que la imponen forzosamente y la estatalizan como alternativa a la prohibición de un sindicalismo libre y plural. En España, la Dictadura de Primo de Rivera extendió considerablemente la Administración corporativa, mediante la creación de numerosos Colegios profesionales y la utilización de la técnica de las Cámaras para aglutinar en un organismo oficial sectores económicos con intereses comunes. Durante el Régimen de Franco, el corporativismo se extendió al sindicalismo obrero y patronal dando origen a los llamados sindicatos verticales que eran Corporaciones representativas de todo un ramo o sector productivo (englobando a patronos y obreros), sobre los que se articuló en parte la representación política. Este corporativismo vertical no englobó, sin embargo, a las Cámaras ni a los Colegios profesionales, que mantuvieron su estructura anterior.

3.- EL MARCO CONSTITUCIONAL

El problema fundamental que planteó el nuevo sistema jurídico- constitucional instaurado en nuestro país en 1978 en relación a la Administración corporativa fue el de la compatibilidad de la obligatoriedad indirecta de adscripción a las organizaciones corporativas resultaba compatible con la libertad de asociación y por tanto, de no asociación (libertad negativa del derecho de asociación) derivada del art. 22 de la Constitución.

Para los tipos de organizaciones corporativas existentes en el momento de aprobarse la Constitución, parece lógico que ésta acepta la situación preconstitucional al referirse su art.36 a los Colegios profesionales (La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios profesionales y el ejercicio de las

profesiones tituladas. La estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos), y el art. 52 a las organizaciones profesionales, en clara referencia a las diversas clases de cámaras (La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos). De acuerdo con el profesor Parada, la mención y de unas y otras organizaciones corporativas no tendría sentido sino en función del mantenimiento de su estructura tradicional existente en el momento de aprobarse la Constitución, uno de cuyos elementos esenciales era, precisamente, la obligatoriedad de la adscripción para el ejercicio profesional o realizar una determinada actividad.

Esta cuestión ha sido con posterioridad abordada por el Tribunal Constitucional, cuya interpretación ha sido distinta para los distintos tipos de organizaciones corporativas.

- **La obligatoriedad de afiliación a los Colegios profesionales**

El TC ha reconocido la compatibilidad de la afiliación obligatoria a los Colegios profesionales con la libertad negativa de asociación en la Sentencia de 11 de mayo de 1989 sobre colegiación de pilotos de marina mercante. Incluso ha admitido en otras sentencias que la afiliación obligatoria se extienda a algunos profesionales funcionarios, como los médicos de la Seguridad Social no ejercientes privados de la medicina (Sentencias de 19 de julio de 1989 y de 8 de febrero de 1993), lo que supone, a juicio del profesor Parada, un trato discriminatorio respecto de otros funcionarios, como los abogados del Estado, Economistas del Estado, Arquitectos o Ingenieros de Ministerios, a los que no se les exige la colegiación para servir a la Administración Pública.

b) La obligatoriedad relativa de la adscripción a las Cámaras. El discutible género de la Corporación pública voluntaria

Para las Cámaras oficiales el TC ha sentado una doctrina diversa, flexibilizando la regla de la obligatoriedad, que, por no estar contemplada expresamente en el art.52 de la Constitución, sólo declara admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo. Así lo declaró en la Sentencia de 18 de julio de 1989, en la que declaró inconstitucional la adscripción obligatoria que establecía la Ley catalana de Cámaras Agrarias, por estimar que estas circunstancias no concurrían en los fines que esta Ley contemplaba como propios de estas Cámaras.

c) Las asociaciones privadas de configuración legal

A juicio del profesor Parada resulta sorprendente el que el TC haya admitido como hemos visto unas corporaciones públicas no obligatorias (una de las notas que caracterizan estas corporaciones es, como se ha visto, el dato de la adscripción forzosa a las mismas), pero más aún lo es el que no haya calificado como corporaciones públicas, sino como asociaciones privadas de configuración legal a las Federaciones Deportivas (Sentencia de 24 de marzo de 1985), por estimar que no son asociaciones obligatorias, cuando lo cierto es que resulta obligado pertenecer a una Federación deportiva para poder participar tanto en la actividad organizativa (clubes profesionales y sociedades anónimas deportivas) como para la práctica profesional del deporte en competiciones oficiales. Se trata además de organizaciones a las que se atribuyen funciones públicas y están sujetas a intensas tutelas por el Estado sobre su organización y actividad. La Ley del Deporte (Ley de 15 de octubre de 1990) ha mantenido sin embargo esta artificiosa definición de las Federaciones Deportivas, por la voluntad quizás de respetar la tendencia privatista del deporte.

Otra cuestión que plantea el marco constitucional de las organizaciones corporativas, es la de su compatibilidad con asociaciones o sindicatos que cubran el mismo ámbito personal. De acuerdo con el principio de libre asociación, hay que entender que si pueden crearse asociaciones o sindicatos de profesionales de forma paralela a los Colegios, pero sin la virtualidad, claro está, de habilitar para el ejercicio

profesional, del mismo modo que pueden crearse organizaciones empresariales de naturaleza sindical, siempre que no constituyan Cámaras paralelas con sus mismas funciones.

4.- DELIMITACION, NATURALEZA Y REGIMEN JURÍDICO DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

Existe discusión en la doctrina sobre la naturaleza, pública privada, de las Corporaciones. La legislación y la propia doctrina del TC parecen avalar su carácter de corporaciones de derecho público cuyos actos revisten naturaleza administrativa. Puede destacarse en este sentido que la Ley de Colegios Profesionales, de 13 de febrero de 1974, los define como Corporaciones de Derecho público amparados por la ley y reconocidos por el Estado (art.1).

En todo caso, en el **régimen jurídico** de las Corporaciones se detecta la tensión que ya hemos señalado entre los elementos públicos y los elementos privados, lo que da lugar a un régimen jurídico mixto de contornos no siempre bien delimitados.

En materia de **fuentes** aplicables, en primer lugar se regirán por la norma básica creadora de cada tipo de Corporación, en segundo lugar se aplicarán las propias normas de la Corporación o Derecho estatutario, que tiene normalmente origen en la propia Corporación, y en último término el Derecho público o privado que corresponda en función del tipo de actuación.

La **aplicación del Derecho público**, normas o principios, así como el sometimiento de los actos al enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso- administrativa parece clara en todo lo referente a:

- la constitución de sus órganos y aplicación del sistema electoral propio.
- El ejercicio por la Corporación de funciones delegadas por la Administración.
- El ejercicio de las competencias que las leyes o sus estatutos les asignan en relación con los miembros de la corporación, régimen de admisiones o de colegiación, aprobación de tarifas de servicios u honorarios, actividad certificante y otras funciones o actos análogos.

La **aplicación del Derecho privado** y el consiguiente sometimiento a la jurisdicción civil comprende residualmente la actividad instrumental o logística de las Corporaciones en relación con terceros no miembros, como es:

- El régimen de sus empleados, que salvo excepciones no son funcionarios sino trabajadores.
- La actividad contractual de la Corporación, que origina contratos de derecho civil y no administrativos.
- La actividad derivada de la gestión de sus bienes, que se configuran como bienes privados.

Otro rasgo propio del régimen jurídico de las Corporaciones es el de su **legitimación** para impugnar los actos o disposiciones del Estado o de las Comunidades Autónomas a cuyo control o tutela pueden estar sujetas (posibilidad que no se admite, como hemos visto, en el caso de los entes institucionales, que no gozan de auténtica autonomía), así como la vigencia del principio de incommunicabilidad patrimonial, financiera y de responsabilidad patrimonial entre el Estado o la Comunidad Autónoma y la Corporación, cuyas deudas no pueden afectar nunca a aquellos entes territoriales.

En cuanto a las **relaciones de tutela** entre el Estado o la Comunidad autónoma y la Corporación, no pueden establecerse reglas generales y hay que atender a las reglas constitutivas de cada corporación.

5.- LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Los Colegios profesionales constituyen en nuestro Derecho el ejemplo más típico de los Entes corporativos.

La Ley de Colegios Profesionales, de 13 de febrero de 1974, contiene la regulación general de las profesiones colegiadas y de su organización corporativa, y los **define** como Corporaciones de Derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Sus **fines** se enuncian con una fórmula general que comprende la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, concretándose después las funciones en una larga lista que se puede resumir en funciones de colaboración con la Administración, de ordenación deontológica, regulación de honorarios, disciplina profesional y asistencia social a sus miembros.

La **creación** de una organización colegial debe hacerse por Ley a petición de los profesionales interesados. Dentro ya de cada organización profesional la creación, absorción, fusión y disolución de los Colegios profesionales de la misma profesión será promovida por los mismos Colegios, de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos estatutos, y requerirá la aprobación por Decreto, previa audiencia de los Colegios afectados.

La Ley reconoce una gran **autonomía** a los Colegios, que no se subordinan a un Ministerio, configurándose el Ministerio como simple órgano a través del cual los Colegios se relacionan con la Administración pública. Consecuentemente, los actos de los Colegios y Consejos Generales no son **recurribles** ante la Administración sino directamente ante los Tribunales una vez agotados los recursos corporativos.

En materia de **organización**, los Colegios pueden tener ámbito nacional o bien de ámbito provincial o regional. En este segundo caso se crea una organización de segundo grado que es el Consejo General (inexistentes cuando el Colegio tiene ámbito nacional). A los Consejos Generales corresponde la elaboración de los Estatutos Generales de la profesión, que aprobará el Gobierno, así como aprobar los Estatutos de los Colegios y visar su reglamento de régimen interior. Además, resuelven los recursos contra los actos de los Colegios, dirimen los conflictos entre éstos y ejercen las funciones disciplinarias sobre los miembros de las Juntas directivas. Tienen la misma consideración de corporaciones de derecho público y sus presidentes son elegidos por los presidentes o decanos de los respectivos colegios.

Como reglas de fondo de la organización de las profesiones colegiadas, la Ley establece:

- la **prohibición de *numerus clausus***, en virtud de la cual quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio profesional que corresponda.
- el **principio de colegiación obligatoria**, por la que será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión, resultando a este respecto en la actualidad suficiente la colegiación en cualquiera de los colegios para poder ejercer la profesión en cualquier parte del territorio nacional (Real Decreto– Ley 5/1996, de 7 de junio).

6.- LAS CAMARAS OFICIALES, EN ESPECIAL LAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION

Las Cámaras pueden ser **definidas** como agrupaciones forzosas creadas por el Estado para la autogestión de intereses económicos generales y, a la vez, sectoriales de colectivos que realizan determinada actividad o son titulares de determinados bienes. Este concepto cubre no solamente a las más típicas organizaciones camerales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, sino también a aquellas otras creadas bajo la influencia de este modelo, como son las Cámaras Agrarias, las Cámaras de la Propiedad Urbana y las Cofradías de Pescadores, que responden a la misma técnica de inspiración colectiva.

Centrándonos ya en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, que destacan por su implantación y la

importancia de sus funciones, están actualmente reguladas por la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Esta Ley define a las Cámaras de Comercio, Industria y, en su caso, de Navegación, como Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen.

En cuanto a sus **fines**, a las Cámaras se les atribuye la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación y la prestación de servicios a empresas que ejerzan las indicadas actividades.

En cuanto a las funciones que se atribuyen por la Ley a las Cámaras podemos destacar lo siguiente:

- Pocas funciones pueden calificarse de funciones estrictamente públicas a juicio del profesor Parada, que señala como tal la de expedir certificados de origen y demás certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil, nacional o internacional, y sobre las prácticas y usos de los negocios.
- Más difícil resulta a su juicio admitir que se califiquen de públicas, aunque así lo haga la ley, otras funciones como: hacer propuestas al Gobierno o ejercer funciones consultivas, colaborar con la Administración educativa, elaborar estadísticas, promover y cooperar en la organización de ferias y exposiciones, colaborar en programas de formación permanente etc. y, en general, llevar a cabo toda clase de actividades que, de algún modo, contribuyan a la defensa o fomento del comercio, la industria y la navegación.
- De entre todas estas actividades, la Ley destaca la elaboración y ejecución del Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones, que se aprueba anualmente y al que se afectan las dos terceras partes de la cuota obligatoria que han de pagar los asociados.
- A diferencia de los Colegios Profesionales, las Cámaras no tienen competencia alguna en materia deontológica ni disciplinar sobre los asociados ni en materia de precios (frente a la atribuida a los Colegios sobre fijación de normas orientadoras de honorarios mínimos).

Como **recurso permanente** de las Cámaras, la Ley establece una exacción a los asociados del 2 por 100 sobre la cuota del impuesto de actividades económicas, y otra del 2 por 1000 sobre los rendimientos del impuesto sobre la renta o, en su caso, del 0,75 por 100 de la cuota líquida del impuesto sobre sociedades.

La **organización** cameral establece la preceptiva existencia de una Cámara por provincia, aunque en determinados casos pueden crearse otras locales o comarcales para núcleos o comarcas de cualificada importancia. El órgano supremo de la Cámara es el Pleno, que se forma por vocales elegidos entre todos los asociados y otros que se proveen por elección de los anteriores vocales entre personas de reconocido prestigio en la vida económica, a propuesta de las organizaciones empresariales más representativas. El Pleno elige entre sus miembros a los de su Comité Directivo y un Presidente que representa a la Corporación. Como organización de segundo grado se establece el Consejo Superior de Cámaras, cuyo Pleno está formado por los Presidentes de todas las Cámaras y ocho miembros, elegidos por el mismo Consejo al constituirse.

En cuanto a su **régimen jurídico**, todos los actos y acuerdos de las Cámaras están sujetos en su forma y procedimiento al Derecho administrativo, sin perjuicio de que la actividad posterior que se siga de los mismos pueda someterse al Derecho privado, como ocurre en particular con el régimen de los bienes y de los contratos. Todo el personal de las cámaras está sometido al Derecho laboral, aunque como especialidad el nombramiento del Secretario de la Cámara debe hacerse a través de un concurso público, regulándose sus competencias de forma análoga a los Secretarios de Administración local.

La **tutela** sobre las Cámaras es ejercida por las CCAA que tengan transferidas las competencias en la materia, salvo las relativas al comercio exterior que se reservan al Estado. La tutela comprende el ejercicio de

potestades administrativas de autorización de una serie de actos (creación y participación en sociedades, aprobación de presupuestos), fiscalización, resolución de recursos administrativos, suspensión y disolución de sus órganos directivos en casos de infracciones graves del ordenamiento jurídico.

7.- OTRAS CAMARAS OFICIALES

Las **Cámaras de la Propiedad Urbana** fueron creadas a principios del siglo XX siguiendo el modelo de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Diversas disposiciones establecieron la inscripción obligatoria en las mismas de todo propietario de fincas urbanas, el cual debía cotizar una cuota que se recaudaba con la contribución del inmueble. Sus funciones eran la protección, defensa y representación de la propiedad urbana, la promoción, conservación, estudio y difusión de la propiedad, el establecimiento de servicios en beneficio del sector y la colaboración con la Administración pública en el ejercicio de funciones que afecten a la propiedad urbana. En la actualidad, las Cámaras de la Propiedad Urbana han sido suprimidas como Corporaciones de Derecho Público (Real Decreto- Ley de 5 de agosto de 1994), y sólo subsisten, con el carácter de corporaciones voluntarias, en algunas Comunidades Autónomas que así las contemplan en su legislación en la materia, como Cataluña, Madrid, País Vasco y Baleares.

Responden asimismo al tipo cameral las **Cofradías de Pescadores** (reguladas por el Real Decreto 60/1978 de 11 de marzo). No se establece la adscripción obligatoria, y presentan la peculiaridad de que en ellas se unen los trabajadores y los empresarios, en este caso los pescadores y los armadores de los barcos. La Junta General está formada por un número igual de trabajadores –pescadores, mariscadores y cultivadores– y Empresarios y Armadores, y entre y por sus miembros se eligen el Cabildo –en el que se mantiene la paridad de composición entre trabajadores y armadores–, y el Patrón Mayor.

Hay que señalar por último el caso de las **Cámaras Agrarias**, que se configuran por su actual Ley reguladora (Ley de 24 de diciembre de 1986) que, según señala el profesor Parada, ha desnaturalizado su carácter de Corporaciones de Derecho público. Sus funciones se limitan de acuerdo con esta ley a ser órganos de consulta de la Administración, a ejercer aquellas funciones que éstas les deleguen y a la administración de su patrimonio. La Ley ha suprimido la obligatoriedad de la incorporación de los agricultores y tampoco resuelve el problema de la financiación por cuotas de los miembros, contemplando como ingreso normal y prácticamente único las subvenciones para su normal funcionamiento con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y de las CCAA. Con ello, afirma Parada, por aquello de que quien paga manda lo más probable es que degeneren en simples aparatos burocráticos de la Administración que las mantenga.

8.- LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS

Existe en la actualidad una creciente intervención estatal en el ámbito deportivo, determinada por las siguientes circunstancias:

- la presión internacional derivada de la organización olímpica, que ha forzado a los Estados a crear organizaciones que respondan a los principios de las olimpiadas para poder tomar parte en las competiciones internacionales.
- La importancia del espectáculo deportivo, con competiciones nacionales e internacionales que sólo pueden organizarse eficazmente desde instituciones dotadas de poderes públicos y tuteladas por el Estado.

La fórmula que ha resultado más adecuada para esta intervención del Estado, por resultar la más respetuosa con la libertad de los deportistas, ha sido la creación de Corporaciones tuteladas desde organismos estatales.

En nuestro país, la pieza central de esa Administración corporativa son las Federaciones Deportivas, tuteladas por el Consejo Superior de Deportes, que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

La Ley del Deporte (Ley 10/1990, de 15 de octubre) califica las Federaciones Deportivas como Entidades privadas (siguiendo la doctrina del TC vista que las calificó como asociaciones privadas de configuración legal), pero el régimen jurídico que establece para las mismas es el propio de las Corporaciones públicas, muy similar al de los Colegios profesionales, pues responde a los principios de creación por un acto de poder, obligatoriedad y monopolio.

La creación de una Federación Deportiva se produce por resolución motivada del Consejo Superior de Deportes, publicándose los Estatutos en el BOE. También por resolución motivada de este organismo se produce su extinción.

Conforme al principio de monopolio, no puede constituirse más que una Federación para cada modalidad deportiva, que es la que ostenta, previa autorización del Consejo Superior de Deportes, la representación de esa rama deportiva ante la respectiva Federación Internacional.

Se establece la obligatoriedad de la adscripción a una Federación deportiva, mediante la obtención de una licencia deportiva por ella expedida, para la participación en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal.

Se aplica el principio democrático, que han de ajustar su estructura interna y funcionamiento a principios democráticos y representativos. Son órganos de carácter necesario la Asamblea General y el Presidente.

Las Federaciones Deportivas están por otro lado sujetas a una intensa tutela del Consejo Superior de Deportes, que comprende facultades de inspección de libros y documentos oficiales, posibilidad de convocar a los órganos colegiados de gobierno y de suspender de forma cautelar y provisional al Presidente y demás miembros de los órganos de gobierno.

Su régimen patrimonial está asimismo sujeto a un control riguroso, estando limitadas sus actividades industriales o comerciales, que sólo podrán tener un carácter complementario de su actividad, no pudiendo repartir beneficios entre sus socios y debiendo someter al Consejo Superior de Deportes la autorización para comprometer gastos de carácter plurianual. Sus bienes son privados, salvo en el caso de las instalaciones deportivas financiadas con fondos públicos que, por estar afectadas al uso público, se consideran bienes de dominio público. Sus empleados son personal laboral.

Entre sus competencias hay muchas de carácter claramente público que ejercen bajo la coordinación y control del Consejo S. de D. como: elaborar los reglamentos deportivos, regular y organizar las competencias oficiales, velar por el cumplimiento de las normas reglamentarias y, sobre todo, ejecutar la potestad disciplinaria y asignar y controlar las subvenciones a las asociaciones y entidades deportivas adscritas a ellas.

Particular importancia reviste la disciplina deportiva, pues pueden sancionar a todas aquellas personas y Entidades que, estando federadas, desarrollan la actividad deportiva correspondiente en el ámbito estatal, extendiendo su competencia a las infracciones de las normas de juego y de conducta deportiva tipificadas en la Ley, en sus disposiciones reglamentarias y en las estatutarias o reglamentarias de clubes. Las sanciones, que han de imponerse con audiencia del interesado y aplicando los principios generales del derecho disciplinario y sancionador, son recurribles ante el Comité Español de Disciplina Deportiva, órgano adscrito al Consejo Superior de Deportes. Aunque la Ley no lo contempla hay que entender, como señala Parada, que una vez agotado con este recurso la vía administrativa cabe el recurso contencioso– administrativo ante los tribunales, en aplicación del art. 24 de la Constitución que consagra, sin excepciones, el derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque tradicionalmente se entendía que los conflictos deportivos quedaban al margen del control judicial, hoy ya no cabe por la razón expuesta esta concepción, lo que se refuerza por la concepción corporativa y pública de las Federaciones que resulta, como hemos visto, de su regulación.

