

TEMA 1.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.- CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Ante la dificultad de dar un concepto claro y decisivo del Derecho administrativo, partiremos de la definición de Zanobini: 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.

El Derecho administrativo tiene, en efecto, como sujeto a una Administración pública. Pero esto no significa que las Administraciones públicas no puedan formar parte de relaciones jurídicas no reguladas por el Derecho administrativo. Una cosa es utilizar una determinada normativa y otra que esa normativa esté destinada a un determinado sujeto. Hay normas que están destinadas a todos los sujetos jurídicos en general y otras a un grupo de ellos en particular, pues se supone que en las relaciones jurídicas que regulen intervendrán esos determinados sujetos: el Derecho mercantil, por ej., está destinado a un grupo determinado de personas (comerciantes); el Derecho laboral es el Derecho de los trabajadores; el Derecho administrativo es el Derecho de las Administraciones públicas.

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

- Las normas tienen como destinatario único a una Administración pública (por ej. las normas que regulan la organización administrativa).
- Las normas están destinadas a ser cumplidas por la Administración, pero su aplicación no se concibe sin la presencia de los administrados o ciudadanos. Son normas que presuponen la intervención de una Administración pública y de un particular (por ej. las normas sobre contratos administrativos, tributos, servicios públicos).
- Las normas tienen como destinatarios directos a los particulares, pero cuentan con la presencia vigilante de la Administración como garante de su cumplimiento. Son normas que la Administración no debe cumplir pero es la responsable de que otros cumplan, teniendo potestad sancionadora (por ej. las normas reguladoras de precios).

2.- DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PUBLICO, DERECHO GARANTIZADOR

En cuanto la norma administrativa está en todo caso destinada a una Administración Pública como sujeto u órgano garantizador debe ser considerada, como Derecho Público.

Lo importante es insistir sobre que no es la posibilidad de la aplicación en sí, sino el destino de la norma, lo que es decisivo. Normas de Derecho privado son, pues, las que tienen por destinatario a todos los sujetos en general, y normas de Derecho público, las que presuponen siempre como destinatario al Estado o a las Administraciones Públicas, como sujetos del Derecho.

El Derecho administrativo es, por tanto, el Derecho público común y general, el verdadero Derecho público de cuya concepción tradicional hay que excluir aquellas ramas del Derecho que están por encima del Derecho público y del privado, como ocurre con el Derecho "legislativo" (regula el sistema de fuentes).

Por su diferente funcionalidad deben considerarse también por encima de la clasificación Derecho público-Derecho privado, las normas cuya finalidad es simplemente garantizar el cumplimiento tanto del Derecho público como del privado y que integran el derecho penal y procesal. Éstas leyes penales o procesales (Derecho garantizador) están destinadas al Estado como garante del mismo.

3.- EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELATIVA EXTENSIÓN A LA TOTALIDAD DE LOS PODERES DEL ESTADO

La definición de Derecho administrativo como conjunto de normas y principios destinados a regir la organización y el comportamiento de las Administraciones públicas exige precisar el concepto de Administraciones públicas, o Administración pública, como resumidamente se las conoce.

En primer lugar hay que excluir a los Entes cuya función es crear el Derecho (Cortes Generales y Parlamentos Autonómicos) o garantizarlo (Jueces y Tribunales).

Con el resto se construye el concepto de Administración pública, formada por:

- La Administración del Estado, formada por los Ministerios, Secretarías de Estado, Subsecretarías, Direcciones Generales... más los organismos periféricos (Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno...).
- Las demás Administraciones de base territorial: Municipios, Provincias, Comunidades Autónomas, así como los Organismos Autónomos que dependen de ellas.

La doctrina no es unánime a la hora de considerar Administración pública a la Administración corporativa, integrada fundamentalmente por los Colegios profesionales y las Cámaras oficiales, considerados como asociaciones de base privada pero que gestionan intereses públicos.

Abundando en lo anterior, es evidente que Entes como las Cortes Generales, los Parlamentos Autonómicos, el CGPJ, el Tribunal Constitucional, la Corona, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas no se rigen por el Derecho administrativo, sino por el Derecho constitucional o por las normas propias de cada uno de ellos pues en ellos el Estado no actúa como sujeto de Derecho sino como creador o garante del mismo.

Sin embargo, el Estado sí que actúa como sujeto de Derecho cuando dichas Instituciones realizan actividades administrativas (celebrando contratos, administrando su patrimonio, gestionando su personal). Toda esta actividad, que no es la específicamente atribuida por la Constitución, pero que es necesaria para el cumplimiento de sus cometidos, se rige por el Derecho administrativo.

Esto se justifica porque los actos de gestión de estos Entes no son diferentes de los del resto del Estado y, por consiguiente, nada justifica su regulación separada, y porque en un Estado de Derecho no es admisible que tales actos (de gestión) no estén sujetos a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, escapando a todo control judicial con violación del art 24 de la CE, que reconoce el derecho a la protección judicial frente a todos los poderes públicos.

Consecuentemente el Estatuto de Personal de las Cortes Generales de 23-06-1983 sometió a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los conflictos con sus funcionarios. Idéntica solución adoptó el Tribunal Constitucional.

Para la Administración electoral, ha quedado establecido su carácter de Administración Pública a efectos del régimen jurídico de sus actos y del control judicial de su actividad.

Por lo que respecta al Consejo General del Poder Judicial tanto su actividad logística (contratación y relaciones con el personal administrativo) como su actividad específica de gobierno sobre los jueces (nombramiento, potestad disciplinaria) se somete al Derecho administrativo y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4.- LA ADMINISTRACIÓN Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

La Administración es, desde luego, un sujeto de Derecho, un destinatario de las normas; pero en cierto modo es también un órgano creador del Derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y los jueces.

Así, mientras en los orígenes del constitucionalismo los poderes legislativos de la Administración eran muy limitados, poco a poco, por unos u otros motivos, la Administración irá 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, de la deslegalización de materias y de los decretos-leyes, o en una supuesta potestad reglamentaria autónoma y usando del monopolio de la iniciativa legislativa que le corresponde, el Gobierno convertirá al Parlamento en sumiso espectador de su producción normativa.

En nuestro país, la creación de las Comunidades Autónomas con facultades legislativas ha hecho perder, además, el monopolio de la función legislativa a las Cortes Generales. Desde los Parlamentos de éstas nuevas Administraciones territoriales se ejerce un poder legislativo no siempre orientado a dictar normas generales, pues en ocasiones no hace más que encubrir verdaderos actos de administración con el ropaje de las leyes, camuflaje con el cual resultan de imposible fiscalización por los Tribunales ordinarios en fraude de la regla de la garantía judicial efectiva que consagra el art 24 Constitución.

5.- LA ADMINISTRACIÓN Y LOS JUECES

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

Inicialmente, y al igual que en Francia, el status judicial privilegiado de la Administración tuvo como motivo el protegerse frente a los jueces y tribunales, a los que se prohibía *mezclarse directa o indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado*, castigando incluso penalmente la conducta del juez que se atribuyera *funciones propias de las autoridades administrativas*.

Además de estas prohibiciones, la separación Administración-Jueces tenía otras manifestaciones:

- La creación de una Jurisdicción especial, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite sustraer a los tribunales civiles los pleitos en los que es parte la Administración.
- Se impide a los jueces civiles y penales el conocimiento de las cuestiones previas administrativas que puedan surgir en sus procesos, debiendo remitirlas a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Se precisa de una autorización administrativa previa para el enjuiciamiento de los funcionarios por hechos relacionados con el ejercicio de sus cargos.
- Se dota a los actos de la Administración de una presunción de validez y del privilegio de ejecutoriedad, de forma que se pueden ejecutar directamente por la Administración sobre los particulares, sin que su efectividad se paralice por la interposición de recursos.
- Se dota a la Administración de un potente poder sancionador en todos los campos de intervención administrativa.

Todo este sistema de exenciones y privilegios estaba protegido frente a los jueces y Tribunales por un sistema de conflictos, tomado también del sistema francés, en el que la Administración tenía en exclusiva la iniciativa para el planteamiento de conflictos y, además, la resolución de los mismos.

Esta situación comenzó a cambiar incluso antes de la Constitución de 1978, especialmente desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Esta Jurisdicción deja de ser un fuero especial de la Administración para integrarse dentro el sistema judicial como un orden más: el Contencioso-administrativo. La Administración es juzgada en un orden distinto del civil o el penal pero por jueces ordinarios.

Otros privilegios, como el de la necesidad de autorización administrativa para el enjuiciamiento de funcionarios, y como el sometimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las cuestiones administrativas previas en el proceso penal, han pasado a mejor vida.

En el sistema de conflictos, con la Ley de 17 de julio de 1948 la Administración comienza a perder su posición de privilegio, pudiendo ejercer la iniciativa también los Tribunales. Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial encomienda la resolución de los conflictos a una Comisión mixta, presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este Tribunal y por Consejeros de Estado.

A pesar de todo, tiene la Administración importantes poderes de naturaleza judicial:

- Subsiste el privilegio de decisión ejecutoria, que permite decidir y ejecutar lo decidido, alterando situaciones posesorias a través de procedimientos administrativos.
- La Constitución de 1978 ha legitimado el poder sancionador de la Administración, de forma que ya no es posible dudar de su legitimidad constitucional.
- La Administración conserva la potestad de ejecutar las sentencias judiciales que se refieren a ella y, además, existen varios supuestos en los que la Administración puede dejar sin efecto estas resoluciones judiciales:
- Suspensión e inexecución de sentencias indemnizando al afectado, según prevé el art 18 LOPJ.
- Posibilidad de dejar sin efecto sentencias penales por medio de indultos particulares, lógicamente con dispensa del principio de igualdad ante la Ley.

En definitiva, si bien la Administración es un sujeto de Derecho, como el resto de personas físicas y jurídicas, y actúa como tal sujetándose a su propio Derecho, el Derecho administrativo, también está dotada de potestades especiales que le permitirán imponer siempre su voluntad a los particulares, aunque, eso sí, bajo el control de los Tribunales que impone el art 106 de la Constitución.

6.- CARACTERES DEL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ALTERNATIVA ANGLOSAJONA

Mientras en el Derecho privado la idea dominante es la de la *igualdad* en el trato a todos los individuos, en el Derecho administrativo lo que prima es la *desigualdad* dentro de la legalidad.

Esta desigualdad hace referencia a los privilegios que la Administración tiene en sus relaciones con los particulares, estando justificados en los fines superiores y cargas que tiene encomendados (mantenimiento del orden, satisfacción de necesidades como la educación, la sanidad, etc.)

Se pueden citar como **manifestaciones** de esta desigualdad:

- El principio de cumplimiento por equivalencia, que permite a la Administración en mayor medida que en el Derecho privado las prestaciones a que está obligada por una indemnización de daños y perjuicios (por ej. La facultad del Gobierno, recogida en el art 18 LOPJ, de privar a un particular de los derechos reconocidos en sentencia firme por una indemnización).
- Diferencia en los plazos para el ejercicio de la garantía de los derechos, muchísimo más amplio para la Administración que para los particulares.
- Las garantías preferentes del Estado para el cobro de sus créditos.
- La mayor penalización de conductas que lesionan un bien jurídico protegido cuando su titular es la Administración que cuando es un particular.
- La posibilidad de protección directa de los bienes de dominio público y privado de la Administración

De todas formas, no se puede dudar de que este régimen de desigualdad es un régimen de Derecho, pues la Administración está sometida al principio de legalidad, según el cuál todas las competencias que asume deben

estar recogidas en la Ley. Por otra parte, este principio de legalidad, que constriñe o coarta a un particular, beneficia o protege a otro u otros; las competencias que asume la Administración están destinadas al servicio de la colectividad. Se puede concluir que el régimen de Derecho administrativo, en tanto ha supuesto por primera vez la sumisión de la Administración al Derecho, es un sistema liberador de las opresiones medievales y del Antiguo Régimen.

Por su parte, el régimen anglosajón se caracteriza por la inexistencia de normas distintas de las que rigen las relaciones entre particulares; por la inexistencia de Tribunales distintos de los ordinarios encargados de enjuiciar los actos de la Administración; por la imposibilidad de que la Administración plantee conflictos a los jueces y por la no exigencia de una autorización para que los jueces actúen contra un funcionario. Dicho todo ello en positivo, el sistema inglés de imperio de la Ley (*rule of law*) se caracteriza por la absoluta primacía del Derecho común y por la sumisión de todas las clases –incluidos los funcionarios– al Derecho común administrado por los Tribunales ordinarios.

Existían en el Reino Unido reglas que le alejaban del concepto de Estado de Derecho. De un lado estaba el dogma de la irresponsabilidad de la Corona, en la que se personifica el Estado, que impedía el control de las relaciones contractuales, y, por otro, la imposibilidad de demandar a la Corona ante los Tribunales, Tribunales que se consideraban propios de ella.

En la actualidad la situación ha cambiado radicalmente. Por un lado, la **Crown Proceedings Act** de 1947 ha aceptado la responsabilidad de la Corona por incumplimientos contractuales y por daños de naturaleza extracontractual. Por otro lado, si bien son los mismos Tribunales los que conocen los asuntos entre particulares y los que conocen las reclamaciones contra los funcionarios, el creciente intervencionismo estatal ha llevado a la creación de tribunales especiales en ciertas materias administrativas, como la Seguridad Social.

Estamos pues ante un cierto acercamiento entre el sistema anglosajón y el de países como el nuestro, que inicialmente adoptaron el sistema francés. En cualquier caso, el sistema francés pasa por ser el de mayor perfección, como acredita su influencia en la normativa de las Comunidades Europeas.

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

La existencia de un régimen de Derecho administrativo, es decir, de unas normas que rigen las relaciones de la Administración con los administrados, y de un orden jurisdiccional propio, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es óbice para que en determinado tipo de relaciones la Administración se someta al Derecho privado y los posibles litigios se resuelvan por la Jurisdicción civil. Lo que hay que determinar es cuándo es inexcusable la aplicación del Derecho administrativo y cuándo es admisible el recurso al Derecho privado.

En el siglo XIX, cuando nace el moderno Derecho administrativo, la sujeción al Derecho privado y a la Jurisdicción civil por parte de las administraciones públicas se ve como una excepción de la regla que es la sujeción a la Jurisdicción administrativa.

Ya en el siglo XX, la aplicación del Derecho privado propiciará que el Estado realice actividades industriales y comerciales. Así, tanto el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 como la Ley de creación del INI de 1939 habilitaron al Estado y los Entes locales para crear empresas con la forma de sociedad anónima de un solo socio. Surgieron así las empresas municipales y las empresas nacionales.

En la actualidad, aparte de conservar estos dos supuestos, se utiliza el Derecho privado como sistema para la gestión de servicios, funciones u obras públicas, por su mayor eficacia con respecto al Derecho público. En consecuencia, las administraciones públicas pueden optar por el Derecho privado en detrimento de su propio Derecho, considerado poco eficaz, por sus excesivos controles, para las cada vez más numerosas actividades públicas. La consecuencia primordial que se deriva de este hecho es la inaplicación de la legislación sobre

contratos administrativos, en especial los procedimientos de selección de contratistas, que ya no se controlan por la Jurisdicción administrativa, amén de la inaplicación de los controles internos propios de las Entidades públicas.

Esta huida del Derecho administrativo hay que advertir que es dudosamente constitucional, además de propiciar situaciones de corrupción.

La cuestión constitucional se podría plantear en base al art 103 de la Constitución, que señala que la Administración pública sirve los intereses generales y actúa () *con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*. Se plantea si esa *Ley* y ese *Derecho* ha de ser su Derecho propio, el Derecho administrativo, o puede ser cualquier Derecho, el Derecho privado. Además ¿qué Jurisdicción ha de garantizar ese sometimiento?

Contestando a este último interrogante, la Constitución (art 153), por un lado, pone en manos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa el control de la administración de las CC.AA. y sus normas reglamentarias. Por otro, cuando el art 106 señala que *los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa* se está refiriendo a la norma administrativa y a los Tribunales Contencioso-administrativo.

Por otra parte, cuando la Administración actúa con sujeción al Derecho privado no deja de ser Administración y debería, en consecuencia, estar sujeta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, objetividad, neutralidad, prohibición de la arbitrariedad... Sin embargo esto no ocurre pues estos principios son irrelevantes en el Derecho privado y porque tampoco existe la exigencia de un procedimiento, como impone el art 105 para la realización de los actos administrativos, que permitiría a los Tribunales controlar la sujeción de la Administración a estos principios.

Finalmente, hay que desmitificar la creencia de la mayor eficacia de la Administración cuando está sujeta al derecho privado, que se asimila a la mayor eficacia del sector privado sobre el público. Lo que en realidad sucede es que los resultados de la gestión de la empresa privada, sometida al Derecho privado, repercuten sobre el propio empresario o sobre los accionistas/propietarios, que ven peligrar su patrimonio, mientras que en la actuación de la Administración no existe el riesgo empresarial, existiendo, además, el caudal ilimitado de los impuestos para tapar cualquier agujero. Es por ello injustificable que existan Entidades públicas no sujetas a los mecanismos del mercado, ni a la impugnación de acuerdos sociales ante el juez ni a los procedimientos y garantías del Derecho público. Por ello, cabe decir que la huida hacia el Derecho privado es la huida del control del Derecho administrativo y de la Jurisdicción administrativa.

TEMA 2.- LAS FUENTES DEL DERECHO

1.- EL SISTEMA DE FUENTES

El problema de las fuentes del Derecho se plantea en el Derecho administrativo en términos similares a las restantes disciplinas jurídicas. De aquí que convenga remitirse a la Teoría General del Derecho, a la Parte General del Derecho civil y, sobre todo, al Derecho constitucional.

En cualquier caso, aunque no sea su objeto central, la cuestión de las fuentes del Derecho tiene en Derecho administrativo una importancia superior al resto de las disciplinas jurídicas. La razón está en que la Administración es a la vez destinatario obligado y participante en la elaboración de las normas jurídicas. Esta participación es de tres formas:

- Participación, dirigida por el Gobierno, en la función legislativa del Parlamento (proyectos de ley)
- Participación directa en la función legislativa, elaborando normas con valor de ley (decretos-leyes y decretos legislativos)
- A través de la elaboración de los reglamentos, normas con valor inferior y subordinado a las de rango

de ley, pero cuantitativamente el sector más importante del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, las fuentes no escritas (llamadas indirectas o complementarias) tienen un valor muy distinto en el Derecho administrativo que en el Derecho privado. Así, el valor de la costumbre (fuente más que problemática en Derecho administrativo) está compensado por la utilización más frecuente de los principios generales del Derecho.

En punto a las clases de fuentes, viene siendo tradicional su regulación en el Código Civil, aunque podría ser materia de regulación constitucional en lugar de simple ley ordinaria. Señala el artículo 1 de Código civil:

- 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*
- 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*
- 3. La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.*
- 4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*
- 5. 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.*
- 6. 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 que hace el Código Civil no se corresponde, sin embargo, con la realidad del ordenamiento, entre otras razones porque no se cita siquiera una fuente tan importante como son los reglamentos, aunque se puede enterder una alusión al hablar de disposiciones que contradigan otras de rango superior. Por ello hay que entender el término *ley* en el sentido de norma escrita, cualquiera que sea el órgano de que emane.

Por otro lado, el sistema de fuentes es hoy mucho más complejo que cuando se redactó el Código Civil, complejidad que deriva no sólo del valor de la Constitución como norma jurídica, sino también de la aparición de dos nuevas clases de leyes, desconocidas hasta la Constitución de 1978: la Ley orgánica, que se aplica para regular ciertas materias por su importancia, y la Ley de las Comunidades Autónomas, que surge de haberse reconocido en ellas otra instancia soberana de producción de Derecho. Por si esto fuera poco, la entrada de nuestro país en las Comunidades Europeas ha supuesto la aplicación de un nuevo ordenamiento conforme al cuál, a parte del valor de los tratados internacionales, aparecen los reglamentos comunitarios, con vigencia directa e inmediata en el Derecho español e incluso con valor superior al de nuestras leyes, a las que derogan.

Un sistema de fuentes, de otro lado, supone la existencia de unas normas sobre las mismas fuentes, que las ordenen o jerarquizen, asignando a cada su posición dentro del conjunto. Esta función la cumplen los principios de jerarquía normativa y el de competencia.

Según el primero de ellos, recogido en el art 9.3 Constitución, la norma superior deroga a la inferior (fuerza activa) y la inferior es nula cuando contradice la superior (fuerza pasiva).

El principio de competencia significa la atribución a un órgano concreto de la potestad de regular materias o de dictar cierto tipo de normas con exclusión de los demás órganos.

2.- LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la primera de las fuentes, la super ley, la norma que prevalece sobre todas las demás.

La consideración como norma de la Constitución no siempre ha sido aceptada. Así, desde los orígenes mismos del constitucionalismo, los monárquicos sostenían que la Constitución no era otra cosa que un pacto entre la Corona y la soberanía nacional para limitar los poderes absolutos de aquélla.

Por el contrario, en el constitucionalismo americano las normas contenidas en la Constitución son Derecho, el Derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado. En palabras del Juez Marshall, *los poderes del Legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución.*

Sin embargo, la cuestión que interesa dilucidar aquí no es ya la actual evidencia de que la Constitución es una norma jurídica y, justamente la primera del sistema de fuentes, sino si es o no directamente aplicable por los operadores del Derecho (ciudadanos, funcionarios y jueces). Si esta discusión se plantea es porque las constituciones actuales, además de regular los derechos y libertades básicas y la organización de los poderes del Estado, recogen otra serie de preceptos que pretenden establecer una tabla de valores conformadores de la sociedad entera.

Esta cuestión esta resuelta por el art 53 de la Constitución, que distingue entre las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas de las que recogen los principios rectores de la política social y económica. De las primeras se predica su aplicación directa al señalar que *vinculan a todos los poderes públicos*. De las segundas, en cambio, se dice que *su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*.

La supremacía de la Constitución puede verse, no obstante, disminuida por el Derecho europeo, pues, si en principio los tratados internacionales sólo son válidos si se sujetan a lo dispuesto en la Constitución (art 95.1: *la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá á previa revisión constitucional*), aquella supremacía cede en el supuesto contemplado en el art 93 de la propia Constitución, según el cuál *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*.

Por razón de los procedimientos establecidos para su revisión, las normas constitucionales son de dos clases:

- Fundamentales.– Son las previstas en el art 168.1 de la Constitución. Su revisión se equipara con la revisión total de la Constitución y se sujeta a un procedimiento que consiste en la aprobación de la iniciativa por mayoría de 2/3 de ambas Cámaras, disolución de las Cortes, ratificación de la decisión por las nuevas Cámaras, aprobación del nuevo texto por mayoría de 2/3 y sometimiento a referéndum.
- Las restantes .– Se pueden considerar jerárquicamente inferiores a las anteriores y su revisión se realiza por un procedimiento más simple, recogido en el art 167.

En cuanto a las técnicas utilizadas para garantizar la supremacía de la Constitución sobre las demás normas se dan 2 soluciones:

- Control difuso.– Utilizado en EE.UU, son los propios jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Supremo, los que determinan la constitucionalidad de las normas con ocasión de su aplicación a los casos

concretos.

– Control concentrado.– Aquí los jueces y Tribunales únicamente pueden rechazar la aplicación de una norma por estimarla contraria a la Constitución, pero la invalidez de la misma la debe declarar un órgano específicamente creado para ello: el Tribunal Constitucional. Este sistema es el adoptado por el Derecho español, donde ya la Constitución de 1931 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y la de 1978 crea el Tribunal Constitucional.. Según la Constitución y la LO del Tribunal Constitucional de 1979 la impugnación indirecta, a través de la llamada cuestión de inconstitucionalidad, la pueden plantear exclusivamente los jueces y Tribunales cuando la ley aplicable al caso y de la que dependa el fallo es contraria a la Constitución; por su parte, la impugnación directa puede ser ejercida por los poderes públicos más relevantes (Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, 50 Diputados o Senadores y, si les afecta, los Gobiernos o Parlamentos de las CC.AA.).

Finalmente, la aprobación de una nueva Constitución plantea el problema de la legislación pre-constitucional. Diferentes soluciones se han dado al problema en diferentes países de Europa que han pasado por nuestra situación. Así, en Alemania Federal, se encomendó a los jueces ordinarios la tarea de determinar las normas que contradecían a la Constitución y que resultaban derogadas. En Italia esta misión se encomendó a la Corte Constitucional. En España se tiró por el camino del medio, si bien son los jueces los que pueden inaplicar una norma contraria a la Constitución, es el Tribunal Constitucional quien declara la invalidez de la misma.

3.- LAS LEYES Y SUS CLASES

Podemos definir las leyes como aquellas normas de origen parlamentario, subordinadas a la Constitución, e irresistibles e indiscutibles para los operadores jurídicos. Este simple concepto hay que desarrollarlo pues en los últimos tiempos han aparecido otros poderes públicos con capacidad para elaborar leyes (las CC.AA.) y también porque han aparecido dos clases de leyes, las ordinarias y las orgánicas, así como otras especialidades como las leyes paccionadas y las refrendadas.

Efectivamente, dentro de las leyes parlamentarias, además de las **leyes ordinarias**, que se aprueban por el procedimiento habitual y mayoría simple, la Constitución de 1978 ha introducido la categoría de **leyes orgánicas**. Estas leyes se refieren a materias de especial trascendencia y requieren mayoría absoluta del Congreso. Se refieren *al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución* (art 81 Constitución).

También son leyes parlamentarias las **leyes de las CC.AA.**, es decir, las normas que aprueban sus órganos legislativos sobre materias que tiene atribuidas y sobre las cuales tiene el Tribunal Constitucional el control de su constitucionalidad.

Las leyes de las CC.AA. están subordinadas, además de a la Constitución a sus respectivos Estatutos de Autonomía. Esto significa que no están subordinadas a todas las leyes estatales con las cuales se relaciona a través del principio de competencia, en lugar del principio de jerarquía.

Sin embargo, la Constitución ha previsto un conjunto de **leyes estatales de conexión con los subsistemas autonómicos**, que por su naturaleza se imponen jerárquicamente a las leyes de los Parlamentos de las CC.AA. y que son las siguientes:

a) Los **Estatutos de Autonomía**, que son leyes orgánicas que se caracterizan, a parte de su objeto, en su sistema de elaboración y modificación.

b) Las **leyes-marco**, a través de las cuales *las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las CC.AA. la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en el*

marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal (art 150.1 Constitución).

c) Las **leyes de transferencia o delegación**, por medio de las cuales *el Estado podrá transferir o delegar en las CC.AA., mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación* (art 150.2 Constitución).

d) Las **leyes de armonización**, por medio de las cuales *el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las CC.AA., aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general* (art 150.3 Constitución).

Como formas especiales de leyes parlamentarias están las siguientes:

– **Leyes refrendadas.**– Son las sometidas a referéndum, si entendemos que el art 92 de la Constitución, al hablar, a propósito del referéndum, de *decisiones políticas de especial trascendencia* incluye a las leyes.

– **Leyes paccionadas.**– Se utilizan para dar más autoridad a determinados contratos, protegiéndolos de posibles modificaciones unilaterales del poder ejecutivo.

4.- EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

Viene regulado en el Título III, Capítulo II de la Constitución (arts 81 a 92).

Se inicia con la iniciativa o presentación de proyectos o proposiciones de ley antes las Cámaras. Esta **iniciativa legislativa** puede ser de varias formas:

– Iniciativa legislativa del Gobierno.– Es el supuesto más habitual 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 (arts 87 y 88 Constitución).

– Iniciativa del Congreso y del Senado.– Por medio de una proposición de ley, impulsada por los grupos parlamentarios o individualmente por 15 Diputados o 20 Senadores (art 87 Constitución).

– Iniciativa legislativa de las Asambleas legislativas de las CC.AA.– Remitiendo a la Mesa del Congreso una proposición de ley y designando a tres de sus miembros como representantes para que se encarguen de su defensa (art 87.2 Constitución).

– Iniciativa popular.– Regulada por Ley Orgánica 3/1984, de 28 de marzo, se 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 a la prerrogativa de gracia (art 87.3 Constitución).

Una vez ejercida la iniciativa, si se trata de una proposición de ley, la Mesa de la Cámara la remitirá al Gobierno para que pueda oponerse a su tramitación, para pasar después al Pleno de la Cámara, que se pronunciará sobre su toma en consideración. Este trámite no se aplica a los proyectos de ley.

Tras la iniciativa tiene lugar la aprobación por el Congreso de los Diputados, siguiendo los trámites siguientes:

- Toma en consideración
- Publicación
- Presentación de enmiendas
- Informe de una ponencia sobre el proyecto

- Debate y votación artículo por artículo
- Elaboración de un dictamen por la Comisión
- Debate y votación final en el Pleno

Para que los proyectos sean aprobados basta la mayoría simple, es decir, más votos a favor que en contra, cualquiera que sea el número de abstenciones, salvo que la Constitución exija una mayoría cualificada, como ocurre con las leyes orgánicas.

Si el Senado ha introducido enmiendas o ha puesto su veto el proyecto se devuelve al Congreso para su nueva consideración. Si se trata de enmiendas, el Congreso se pronunciará sobre ellas, admitiéndolas o no por mayoría simple. Si se trata de veto, el proyecto habrá de someterse a ratificación, que requerirá mayoría absoluta o, una vez transcurridos dos meses, mayoría simple.

El procedimiento se cierra con la sanción por parte del Rey. El art 91 Constitución señala que *el Rey sancionará, en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación*, que deberá hacerse en el BOE, según establece el art 2.1 Código Civil.

5.- LAS LEYES ORGÁNICAS

Según el art 81 Constitución, *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 son materias de especial trascendencia y por ello la Constitución exige una mayoría cualificada tanto para su aprobación como para su modificación o derogación, mayoría que consiste en *la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*.

Un tema interesante se plantea en cuanto a la materia. Si bien no es posible regular por ley ordinaria materias reservadas a ley orgánica, sí lo es que las leyes orgánicas, con motivo de la regulación de alguna de las materias que les son propias, regulen también materias para las que no es necesaria una ley orgánica. Este apartado, si bien es perfectamente constitucional, tal vez resulte un lujo formal excesivo.

Sin embargo, esta regulación por ley orgánica de materias que no la necesitan no significa que en el futuro la regulación de las mismas deba continuar siendo objeto de ley orgánica. Esta tesis es la que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues, si bien el art 28.2 de la LOTC establece que se podrá declarar inconstitucional una ley o norma con rango de ley cuando modifique o derogue una ley orgánica *cualquiera que sea su contenido*, el citado Tribunal Constitucional, en Sentencia de 13-febrero-1981, vino a decir que la aplicación literal de este precepto supondría un beneficio abusivo para quienes en un momento dado gozasen de mayoría parlamentaria suficiente (para imponer el contenido de las leyes que tuvieran a bien).

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

Aunque es en el Parlamento donde reside la potestad legislativa, es de hecho el Gobierno quien controla la función legislativa a través de su mayoría parlamentaria y del ejercicio de la iniciativa legislativa mediante la presentación de proyectos de ley.

Pero, además, el Gobierno tiene atribuida la facultad de dictar normas con rango de ley bajo las fórmulas de decreto-ley y de decreto legislativo.

A) Los decretos-leyes.– Surgen a finales del siglo XIX y, si bien en principio tuvieron su fundamento en la concurrencia de circunstancias excepcionales, actualmente se basan en razones de simple urgencia o como alternativa a la lentitud de los trabajos parlamentarios.

La Constitución los recoge en el art 86, que regula una serie de condiciones que deben reunir:

- Debe tratarse de un *caso de extraordinaria y urgente necesidad*.
- No pueden 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 CC.AA., ni al derecho electoral general*.
- Deberá ser ratificado por el Congreso (sin intervención del Senado) en el plazo de los 30 días siguientes a su promulgación.

La fórmula de los decretos-leyes no es utilizable por las CC.AA.

B) Los decretos legislativos: textos articulados y textos refundidos.– Vienen recogidos en el art 85 de la Constitución (*las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de decretos legislativos*). El Parlamento, mediante leyes de delegación o de autorización, o bien delega en el Gobierno la facultad de desarrollar con fuerza de ley los principios contenidos en una ley de bases (**textos articulados**), o bien autoriza al Gobierno para refundir el contenido de varias leyes en un único texto (**textos refundidos**).

En cuanto a los requisitos de la delegación, la Constitución establece los siguientes (arts 82 y 83):

- La delegación deberá hacerse por una ley de bases cuando se trate de formar textos articulados o por una ley ordinaria de autorización cuando se trate de refundir varios textos en uno solo.
- La delegación puede contener cualquier materia, excepto la que deba ser objeto de regulación por ley orgánica. La delegación no puede incluir la facultad de modificar la propia ley de bases, ni la de dictar normas con 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 ni por tiempo indeterminado.
- La delegación ha de hacerse de forma precisa, de forma que las bases han de delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación, mientras que las autorizaciones para refundir textos legales deben determinar si la delegación se refiere a la mera formulación de un texto único o si incluye el regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.
- La aprobación ha de hacerse observando las reglas de procedimiento establecidas para los demás reglamentos gubernativos. Merece recalcar que antes de la aprobación del decreto legislativo, debe informar el Consejo de Estado sobre su adecuación a la delegación, informe que tiene carácter preceptivo pero no vinculante.

Los **efectos de la delegación** de la delegación son los siguientes:

- Los textos resultantes de la delegación tienen el valor de normas con rango de ley en cuanto se acomoden a los términos de la delegación, siendo nulos en todo aquello que no se acomoden.
- Una vez ejercitada la delegación, una ulterior modificación del texto articulado o refundido necesitará una norma con rango de ley u otra delegación legislativa.

En cuanto al **control sobre el uso correcto de la delegación**, la Constitución establece (art 82.6) que *sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer fórmulas adicionales de control*, lo que significa el reconocimiento de la posibilidad de impugnación de los textos articulados y textos refundidos a través del recurso contencioso-administrativo. En estos casos, la impugnación únicamente podrá referirse a aquellos extremos que sean contrarios o escapen de la delegación.

Como fórmulas adicionales de control, aparte del operado por el Tribunal Constitucional, está el que supone la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado. Por último está también la ratificación parlamentaria que puede establecer la ley de delegación.

7.- LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales, es decir, los acuerdos que el Estado español celebra con otros Estados, se manifiestan en una gran cantidad de instrumentos (acuerdos, convenios, protocolos, canjes de notas, etc.) y, al margen de las vinculaciones internacionales entre los países, son fuente del Derecho interno. Su vigencia viene determinada por la publicación en el BOE, como establece el art 96 de la Constitución (*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*).

No obstante esta consideración como fuente del Derecho, al no intervenir el Parlamento sino el Ejecutivo en la negociación y firma de los tratados, la Constitución establece un sistema de control (arts 93 a 96) en los siguientes términos:

- Si el tratado contiene estipulaciones contrarias a la Constitución será precisa la previa revisión constitucional. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.
- Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.
- La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá 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 del 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.
- El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

Finalmente, un aspecto importante de los tratados internacionales lo constituye sus efectos: los tratados modifican las leyes que les son contrarias, pero no a la inversa, es decir, no son modificables por leyes posteriores sino que *sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional* (art 96.1 Constitución).

8.- EL DERECHO COMUNITARIO

Todos los países miembros de las Comunidades Europeas han experimentado una alteración de su sistema de fuentes del Derecho con motivo de la incorporación del Derecho comunitario. Podemos citar como características de este nuevo sistema:

- El ordenamiento comunitario es autónomo e independiente de los ordenamientos de los Estados miembros.
- Dicho ordenamiento tiene fuentes propias de producción del Derecho.
- El Derecho comunitario se integra en el Derecho interno a través de una relación vertical, con el cuál están destinados a confundirse progresivamente porque las personas de los Estados miembros son a la vez sujetos del ordenamiento interno y del ordenamiento comunitario.
- Las normas comunitarias que cumplen determinados requisitos tienen eficacia inmediata en el ordenamiento interno de los Estados miembros.

En el Derecho comunitario, como en todos los ordenamientos, existe un nivel de **fuentes primarias**, que hacen el papel de constitución, y que son los tratados y demás actos posteriores que los han modificado o

completado y que se integran en ellos. Aquí son los siguientes:

- Los tratados constitutivos de las 3 Comunidades Europeas (el Tratado de la CECA de 1951 y los Tratados de la CEE y de la CEEA de 1957).
- El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de enero de 1992
- El Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997.

También se integran en este primer nivel los elementos normativos que han completado los tratados, entre ellos protocolos como los que han establecido el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad o el Estatuto de la Banca Europea para las inversiones. También se integran en este nivel los tratados de adhesión de los Estados no fundadores. Cada uno de ellos ha sido aprobado según la normativa constitucional de cada Estado.

Los tratados comunitarios contienen dos tipos de normas: las de alcance general, que reconocen derechos a los particulares, y otras que agotan su eficacia en las relaciones entre los Estados miembros o entre éstos y las instituciones comunitarias. El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha ido definiendo las condiciones y requisitos que deben reunir las disposiciones de los tratados que tendrán esta eficacia normativa directa y cuáles carecerán de ella.

En cuanto a las fuentes de segundo nivel, que son las que se fundamentan en las anteriores, al art 249 del Tratado de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Amsterdam, ampliando lo dispuesto en el Tratado de la C.E.C.A., clasifica en cinco los actos que pueden ser emitidos por las instituciones europeas: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

*El **reglamento** tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.* Cabe señalar, en torno al reglamento, que no se corresponde con lo que se entiende por reglamento en el Derecho interno, sino más bien con las normas con rango de ley, siendo sus notas características la generalidad, la abstracción y la directa aplicabilidad. Significa esto último, por un lado, que el reglamento tiene eficacia directa en el ordenamiento interno, sin que pueda el Estado miembro dejar de aplicarlo y, por otro, que desplaza al Derecho interno, siendo inaplicables las normas contrarias al mismo.

La **directiva** sólo obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a los mismos *la elección de la forma y los medios*.

*La **decisión** será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.* Se trata, más que de un acto normativo, de un acto singular que afecta a una o más personas determinadas, aunque, en ocasiones, puedan referirse a personas no determinadas.

Por último, sobre las **recomendaciones** y los **dictámenes**, se señala que *no serán vinculantes*.

Los arts 251 y ss del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea señalan el procedimiento de elaboración de los actos que tienen carácter obligatorio (reglamentos, directivas y decisiones).

TEMA 3.- EL REGLAMENTO Y OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.- CONCEPTO Y POSICIÓN ORDINAMENTAL DEL REGLAMENTO

Por Reglamento se entiende toda norma escrita con rango inferior a la ley dictada por una Administración Pública. Por rango inferior a la ley se entiende, en primer lugar, que aunque sea posterior el reglamento no puede derogar a la ley y, por el contrario, toda norma con rango de ley puede derogar un reglamento. También significa que no hay materias reservadas a la potestad reglamentaria en el sentido de que la ley puede regular cualquier materia regulada anteriormente por el reglamento.

Esta posición ordinal de la ley y el reglamento se expresa en el principio de **reserva de ley**. Este principio tiene dos manifestaciones:

- **Reserva material** de ley, que comprende las materias para las cuales exige la Constitución una regulación por norma con rango de ley y que, por tanto, no pueden ser reguladas por normas reglamentarias aunque no lo haga la ley.
- **Reserva formal** de ley, que significa que cualquier materia, cuando es regulada por ley ya no puede serlo por un reglamento.

La delimitación conceptual del reglamento también exige su **diferenciación con los actos administrativos generales**.

En principio, el reglamento es una norma general y abstracta, no referida a administrados concretos, como los actos administrativos. Sin embargo, esta imposibilidad de reglamentos *intuitu personae* no impide que existan reglamentos dirigidos a grupos concretos de administrados. Por este motivo, la diferencia entre reglamento y acto administrativo general (que también puede ir dirigido a un grupo de administrados) se ha buscado en otros criterios como el de la **no consunción**, que significa que el reglamento es una norma y como tal no se agota por una sola aplicación ni por muchas; por el contrario, el acto administrativo general se extingue en una sola aplicación, por numeroso que sea el grupo al que va dirigido.

2.- CLASES DE REGLAMENTOS

Vamos a estudiar las clasificaciones de los reglamentos por su relación con la ley, por las materias que regulan y por la autoridad de la que emanan.

• **Por su relación con la ley**

Podemos clasificar a los reglamentos, al igual que la costumbre, en *extra legem*, *secundum legem* y *contra legem*, que se corresponden con reglamentos independientes, ejecutivos y de necesidad.

Los reglamentos **independientes** son los que regulan materias sobre las que la Constitución ha previsto una reserva reglamentaria. En nuestro Derecho serían aquéllos que regulan materias no sujetas a reserva material ni a reserva formal de ley.

Los reglamentos **ejecutivos** son los que desarrollan y complementan una ley, normalmente porque la misma ley ha previsto un reglamento de estas características. Requisito procedimental de estos reglamentos es el informe preceptivo del Consejo de Estado, dirigido precisamente a controlar la fidelidad del reglamento con la ley que desarrolla.

Los reglamentos **de necesidad** son aquéllos que dicta la Administración para hacer frente a una situación extraordinaria. La razón de ellos se ha visto en la gravedad de las situaciones ante las cuales la Administración puede dictar normas al margen de los procedimientos comunes para afrontarlas.

• **Por razón de la materia**

Podemos distinguir entre reglamentos administrativos y reglamentos jurídicos.

Reglamentos **administrativos** son los que regulan la organización administrativa y los que se dictan en el ámbito de la relación existente entre la Administración y determinados ciudadanos (por ej. la relación entre la Administración y los funcionarios, o los usuarios de un servicio público).

Reglamentos **jurídicos** son los que establecen derechos o deberes en el ámbito de la relación de supremacía

general, es decir, la establecida entre la Administración y el conjunto de los ciudadanos.

- **Por su origen**

Por razón de la Administración que los dicta, los reglamentos se clasifican en estatales, autonómicos, locales, institucionales y corporativos.

Los **reglamentos estatales** de mayor jerarquía son los dictados por el Gobierno, al que el art 97 Constitución atribuye el ejercicio de la potestad reglamentaria, y revisten la forma de **Real Decreto**. Subordinados a éstos y a las Ordenes de las Comisiones Delegadas del Gobierno, están los Reglamentos de los Ministros, con la forma de **Orden Ministerial**, dictados en las materias propias de su Departamento, y los reglamentos de las Autoridades inferiores, que revestirán la forma de **Resolución, Instrucción o Circular**.

Los **reglamentos de las CC.AA.** se denominan de la misma forma que los anteriores: **Decretos**, los del Consejo de Gobierno o Gobierno de la C.A.; **Ordenes**, los de los Consejeros.

En cuanto a los **reglamentos de los Entes Locales**, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 distingue entre el **Reglamento orgánico** de cada Entidad, por el cuál ésta se autoorganiza y las **Ordenanzas locales**, que son normas de eficacia externa competencia del Pleno de la Entidad, y los **Bandos**, que el Alcalde puede dictar en materias de su competencia.

Por último están los **reglamentos de los Entes institucionales** y los **reglamentos de los Entes corporativos**, que están subordinados a los reglamentos de los Entes territoriales.

3.- LÍMITES Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

En cuanto a los límites o condiciones de validez de los reglamentos, son los siguientes:

- El órgano que los dicta debe tener **competencia** para ello. En este sentido, la LRJAPyPAC (art 51.1) establece que *las disposiciones administrativas no podrán () regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las CC.AA..*
- El reglamento dictado por el órgano inferior no puede contradecir al dictado por el superior. Es el **principio de jerarquía normativa**. Como establece la LRJAPyPAC (art 51.2), *ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior*.
- El reglamento se debe adecuar a los hechos, a la realidad que trata de regular. Es el **principio de interdicción de la arbitrariedad**, a que se refiere el art 9 de la Constitución.
- La elaboración de los reglamentos precisa de un **procedimiento**. Así está estipulado por la Constitución: *la ley regulará la audiencia de los ciudadanos (), en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten* (art 105).
- Es discutible si la potestad reglamentaria debe respetar el principio de irretroactividad. En principio, podemos concluir que no, si el propio reglamento establece la retroactividad de sus normas, de acuerdo con el art 2.3 Código Civil, máxime si son normas favorables a los administrados. En contra se argumenta que la Constitución veta la retroactividad de los Decretos legislativos y que la irretroactividad es también la regla general de los actos administrativos.

El procedimiento a seguir para la aprobación de los **reglamentos estatales** está regulado en la Ley del Gobierno de 1997:

a) El procedimiento se inicia con la formación de un expediente, en el que figurarán los *antecedentes*, es decir, los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad del reglamento a aprobar, y que deberá someterse a la decisión del órgano titular de la potestad reglamentaria, así como la *tabla de vigencias*, una relación de disposiciones que se derogarán o que permanecerán en vigor.

b) El proyecto se someterá a *informe* de la Secretaría General Técnica del Ministerio correspondiente, exigiéndose, además, el *dictamen* del Ministerio para las Administraciones Públicas cuando el proyecto trate sobre temas de organización, personal o procedimiento administrativo.

c) Si el texto afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará *audiencia* en un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles, directamente o a través de organizaciones que los representen.

d) Los reglamentos que deban ser aprobados por el Gobierno o sus Comisiones Delegadas se remitirán con 8 días de antelación a los demás Ministerios convocados, para que formulen las observaciones que estimen pertinentes.

El procedimiento para la aprobación de los **reglamentos y ordenanzas locales**, se pone el acento en la participación popular. Así, una vez aprobado el texto por el Pleno de la Corporación, se somete a información pública y audiencia de los interesados por plazo mínimo de 30 días para que formulen reclamaciones o sugerencias. Después llega el trámite de la aprobación definitiva por el Pleno de Corporación, donde se resuelven las reclamaciones y sugerencias planteadas, incorporándolas o no al texto definitivo. Una y otra aprobación requieren el voto favorable de la mayoría absoluta del número de miembros de la Corporación cuando se trate del Reglamento orgánico de la Corporación, los planes y ordenanzas urbanísticos y las ordenanzas tributarias.

En punto a la **infracción de los trámites del procedimiento**, para los reglamentos estatales y autonómicos sólo se ha considerado por la jurisprudencia como vicio determinante de la nulidad la omisión del informe de la Secretaría General Técnica u otro órgano equivalente y, en alguna ocasión, el trámite de audiencia a los interesados si no está debidamente justificada su omisión. En la aprobación de los reglamentos locales, por ser reglados todos sus trámites, la omisión de cualquiera de ellos provoca la nulidad de la norma.

4.- EFICACIA DE LOS REGLAMENTOS. INDEROGABILIDAD SINGULAR

Supuesta la validez de un reglamento por haberse observado el procedimiento de elaboración, su eficacia se condiciona a la **publicación**, dato fundamental para determinar el momento de su entrada en vigor: *Para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los decretos y demás disposiciones administrativas, habrán de publicarse en el "Diario oficial del Estado" y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1º del Código Civil* (art. 132 LPA y art 52.1 LRJAPyPAC). El Código Civil precisa que la entrada en vigor tendrá lugar a los 20 días de la publicación, salvo que la norma determine otro plazo (art. 2.1). Este plazo se inicia el día en que termine la publicación en el BOE y, en el caso de los reglamentos de las CC.AA, el día de la publicación en el Boletín o Diario de la Comunidad.

La publicación de las ordenanzas locales tiene lugar en el BOP y no entran en vigor hasta que no se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo de 15 días desde que el mismo sea recibido por la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva (art 70 LBRL).

El reglamento es eficaz a partir de su publicación. La eficacia es de duración ilimitada y se impone a los administrados, los funcionarios y los jueces, a salvo la excepción de ilegalidad.

Las formas de garantizar el cumplimiento de los reglamentos es la misma que para las leyes, es decir, medios administrativos y penales. El reglamento goza, como los actos administrativos, de la presunción de validez y del privilegio de ejecutoriedad (arts 93 a 101 LRJAPyPAC).

En otros países, la observancia de los reglamentos se garantiza mediante sanciones penales, pues la Administración carece de poderes sancionatorios directos. Nuestro Derecho también prevé sanciones penales ante la desobediencia de determinados reglamentos.

El reglamento puede ser derogado por la misma autoridad que lo dictó, que también puede proceder a su modificación parcial. Lo que no se puede hacer ni la autoridad que lo dictó ni otra superior es derogar el reglamento para un caso concreto, esto es, establecer excepciones privilegiadas en favor de persona determinada. Es la regla de **inderogabilidad singular** de los reglamentos que se recoge en el art. 52.2 LRJAPyPAC (*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*).

El fundamento de la inderogabilidad singular se ha visto en el principio de legalidad y la atribución de potestades a la Administración. Según esta tesis, la Administración habría recibido de la ley el poder de dictar reglamentos y de derogarlos con carácter general, pero no la facultad de derogarlos para casos concretos. Sin embargo, parece más claro que la prohibición de dispensas singulares injustificadas se basa en el principio constitucional de igualdad del art 14 Constitución.

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

La vulneración de los límites a que está sujeta la aprobación de los reglamentos origina su invalidez y es opinión mayoritaria que la invalidez de los reglamentos lo es siempre en su grado máximo, es decir, de nulidad absoluta o de pleno derecho. Así se desprende del art 62.2 LRJAPyPAC, que, además de las otras circunstancias que determinan la invalidez radical de los actos administrativos, impone la nulidad de pleno derecho de *las disposiciones administrativas que vulneran la Constitución., las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*. El Ordenamiento jurídico ha ideado toda suerte de técnicas para controlar y anular los reglamentos ilegales.

1. Un primer planteamiento de la ilegalidad de los reglamentos puede hacerse ante la **Jurisdicción penal**, acusando a su autor o autores del delito previsto en el art 506 Código Penal, que castiga sin distinguir entre reglamentos y leyes a *la autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general*. La condena del autor o autores del reglamento ilegal implicaría el reconocimiento de que su aprobación ha sido constitutiva de delito y la consiguiente nulidad de pleno derecho de la norma dictada (art 62.2 LRJAPyPAC).

2. La ilegalidad de un reglamento puede plantearse ante todas las Jurisdicciones (Civil, Penal, Contencioso-Administrativa o Laboral) por **vía de excepción** para pedir su inaplicación al caso concreto que el Tribunal está enjuiciando. La privación de eficacia del reglamento se justifica en que su aplicación implicaría la desobediencia a una norma de carácter superior: la ley que dicho reglamento ha vulnerado (art 6 LOPJ).

3. Los reglamentos pueden ser combatidos por las vías específicas del Derecho administrativo, a través de la **acción de nulidad**, como preveía la LPA de 1958, que autorizaba a la Administración para declarar la nulidad tanto de los actos como de los reglamentos. Sin embargo la LRJAPyPAC limitó la declaración de nulidad únicamente a los actos administrativos, con exclusión de los reglamentos, error corregido por la Ley 4/1999, de Modificación de aquélla. Ahora, pues, la Administración autora del reglamento, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, podrá declarar la nulidad de las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución (art 102 en relación con el 62.2).

4. La técnica más importante es la de su impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a través del **recurso directo**, que es aquél que ataca frontalmente al reglamento solicitando su anulación.

Los efectos de la declaración judicial de invalidez de los reglamentos son, en opinión mayoritaria, los propios de la nulidad de pleno derecho, dadas las graves consecuencias que produce la aplicación de un reglamento ilegal. Las consecuencias más importantes de esta calificación son la imprescriptibilidad de la acción y la imposibilidad de convalidación del reglamento. Sin embargo, otra cosa son los actos anteriores dictados en aplicación del reglamento ilegal. Según la LRJAPyPAC, si la Administración no declara de oficio la invalidez de estos actos, podrán los interesados solicitarla, caso por caso, a través de la acción de nulidad (arts 102 a 106).

5. Finalmente, otra posibilidad de actuar contra un reglamento inválido es 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.

Esta vía impugnativa puede utilizarla cualquier administrado, individual o colectivo, que sea titular de un derecho o de un interés. El recurso indirecto no está sujeto a plazo, en el sentido de que, cualquiera que sea el tiempo que el reglamento ha estado vigente, siempre podrá ser atacado en los plazos ordinarios, a partir de la notificación de cualquier acto de aplicación. El recurso indirecto se interpone ante el órgano que ha dictado el acto (de aplicación). No obstante, *los recursos contra un acto que se funden únicamente en la ilegalidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición* (art. 107.3 LRJAPyPAC). Pero los efectos del recurso indirecto, según la jurisprudencia, no son tan completos y contundentes como los del recurso directo: sólo queda anulado el acto, pero no el reglamento ilegal, de forma que éste puede seguir produciendo efectos contrarios a la legalidad. Este criterio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contradice el del Tribunal Constitucional, pues la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad –supuesto análogo al recurso indirecto– no sólo produce efecto anulatorio del acto concreto impugnado, sino también de la ley en que se funde.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (LJC-A) ha introducido la llamada **cuestión de ilegalidad**, como un proceso especial para el caso de que un juez o Tribunal hubiese dictado sentencia estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición aplicada, y no fuera competente para anularla en un recurso directo (art 27).

Estamos, pues, ante un control, suscitado de oficio, de la legalidad de un reglamento que aprovecha la circunstancia de una sentencia que estima un recurso directo contra un acto de aplicación de dicho reglamento, control que se remite al órgano judicial competente para el recurso directo.

El planteamiento de la cuestión de ilegalidad *habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda* (art 123) y la sentencia *no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla* (art 126).

6.- LA COSTUMBRE Y LOS PRECEDENTES O PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS

Un Derecho positivista, integrado por normas escritas de origen burocrático y producto de una actividad reflexiva, como es el Derecho administrativo, es lógico que oponga resistencia a la admisión de la costumbre como fuente jurídica caracterizada por dos elementos de origen social: un uso o comportamiento reiterado y uniforme y la convicción de su obligatoriedad jurídica.

Sostener como hizo OTTO MAYER, la inadmisibilidad de la costumbre como fuente del Derecho administrativo en términos radicales o desconocerla, como hace la mayoría de la doctrina francesa, no tiene sentido, al menos para el Derecho español, en el que la regulación general del art 1 Código Civil reconoce la costumbre como fuente del Derecho. Otra cosa es que a la costumbre se le reconozca un valor limitado de fuente del Derecho administrativo.

En efecto, la admisión de la costumbre *secundum legem*, incluyendo en este término todas las normas escritas, y el rechazo de la costumbre *contra legem*, es algo que está fuera de toda duda a la vista del art. 1.3 Código Civil, que cita a la costumbre después de la ley y antes de los principios generales del Derecho: *la costumbre () regirá en defecto de ley aplicable*.

Su aceptación como fuente del derecho administrativo está avalada, además por la circunstancia de que la propia legislación administrativa invoca la costumbre para regular determinadas materias como son, entre otras: el régimen municipal de Concejo abierto; el régimen de aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales; el régimen de determinados tipos de caza o los criterios para determinar la propiedad de las piezas, la organización y funcionamiento de los Jurados y Tribunales de riego, como el Tribunal de las Aguas de Valencia.

Por su parte, 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.

Ambos se distinguen de la costumbre en que:

a) Se trata de reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención de los administrados, cuya conducta es aquí irrelevante.

b) La práctica o el precedente no tienen porqué estar avalados como la costumbre por un cierto grado de reiteración o antigüedad, bastando un sólo comportamiento en el caso del precedente.

Tanto las prácticas como los precedentes administrativos tienen una importancia real en la vida administrativa, hasta el punto que la Administración está obligada a motivar aquellas resoluciones *que se aparten del criterio seguido en actuaciones precedentes* (art 54 LRJAPyPAC).

De dicho precepto se deduce que la Administración puede desvincularse de su práctica o precedente al resolver un nuevo y análogo asunto con sólo cumplir la carga de la motivación, pero ello implicará la exposición de razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de conducta; de lo contrario, la Administración estará vinculada por su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria al principio de igualdad de los administrados.

7.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Para algunos autores, los principios generales del Derecho se identifican con los principios del Derecho natural; para otros no son más que los principios informadores del Derecho positivo, es decir, el arco de bóveda del ordenamiento jurídico; para otros, finalmente, serían ambas cosas a la vez, como parece desprenderse del art 1.4 Código Civil cuando señala que *los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia de nuestro país han ofrecido una explicación coherente sobre la naturaleza y contenido de los principios generales del Derecho. Por ello, vamos a estudiar el alcance de esta fuente en otros sistemas jurídicos con el fin de valorar el significado que pueda tener en nuestro Derecho.

A) *Ultra vires* y *natural justice* en el Derecho inglés

En el Derecho inglés los conceptos de Derecho natural, ley de Dios, Derecho común, la razón juegan ahora en el campo de la aplicación del Derecho escrito como un medio para interpretarlo y suplir sus lagunas. Los tribunales presumen que los poderes derivados de la ley están limitados por la ley misma o por unos principios que obligan a ejercitarlos de manera recta y adecuada. Estos principios correctores del positivismo

integran el ULTRA VIRES el cual reviste a su vez dos modalidades: una sustancial, que hace referencia a los límites materiales del poder, y otra procedimental o procesal, que comprende las reglas a que ha de ajustarse su ejercicio y que integran la NATURAL JUSTICE.

La *natural justice* comprende dos reglas de procedimiento aplicables tanto a los jueces y Tribunales de Justicia, como a los Tribunales administrativos y a los actos administrativos de las autoridades. Estas reglas son que ningún hombre puede decidir su propia causa o ser juez sobre un asunto sobre el que tiene interés y que nadie puede ser condenado sin ser oído, o lo que es igual, que toda persona tiene derecho a que se le escuche antes de que sea tomada una decisión que afecte a su libertad o intereses.

B) Los principios generales del Derecho administrativo francés

En Francia la situación es justamente la inversa a la del Derecho inglés. El exacerbado racionalismo llevará a la fe absoluta en la codificación y la supremacía de la ley cerrará el paso como fuentes del Derecho a la Jurisprudencia, al D° natural o a los principios generales, que ni siquiera cita el Código Civil napoleónico.

RIVERO clasifica los principios generales del Derecho administrativo francés en 4 grupos:

1º.- Sería el conjunto de reglas emanadas de la Declaración de los Derechos del Hombre, que constituye el fondo común del liberalismo tradicional; en el orden constitucional, el principio de separación de poderes; en el orden administrativo, los principios de libertad y de igualdad con sus múltiples aplicaciones.

2º.- Comprende reglas que el Consejo del Estado francés ha encontrado formuladas en el Código Civil o en las leyes de procedimiento respecto de situaciones particulares. Así, el principio de la no retroactividad del Derecho y el principio por el cual nadie puede ser condenado sin haber podido defenderse.

3º.- Comprende principios cuyo origen es puramente moral y que el juez impone a la Administración: el principio que asigna como objeto de la acción de la Administración la prosecución del bien común; también el principio según el cual la Administración no debe mentir y que conduce a la anulación de las decisiones cuyos motivos son reconocidos como inexactos.

4º.- Por último, existe un grupo de principios que el Consejo de Estado extrae del análisis de la naturaleza de las cosas, de la lógica de las instituciones: por ej., es propio de la naturaleza de los servicios públicos el funcionar sin interrupción, de lo que se deduce el principio de la continuidad del servicio público.

C) Los principios generales en el Derecho administrativo español

A ellos se refiere el Código Civil en el art 1.4: *Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*. Además el Derecho administrativo español cuenta con un reconocimiento ya clásico de esta fuente en la Exposición de Motivos de la L.J.C.A. de 1956.

Con carácter general podemos decir que los principios son los mismos que existen en los Derechos inglés y francés. La diferencia está en que mientras en Inglaterra y Francia esos principios han sido formulados por la jurisprudencia, en España ha sido el legislador el que los ha dado vida positivizándolos, incorporándolos en su mayor parte al Derecho escrito.

De esta forma, la Constitución recoge todos los que se entienden por principios generales del Derecho en otros sistemas, como la regulación de derechos fundamentales y libertades públicas del Título I, o los principios de irretroactividad, de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, etc.

8.- LA JURISPRUDENCIA

A diferencia de los **países anglosajones**, que consideran la *ratio decidendi* de algunas resoluciones judiciales como precedentes vinculantes, y, por tanto, como fuentes del Derecho, en el continente se negó a las sentencias de los Tribunales tal valor de fuentes del Derecho. Así, nuestro Código Civil no incluía en su redacción originaria, siguiendo la tradición francesa, a la Jurisprudencia en la enumeración de fuentes. Asimismo la L.O.P.J. de 1870 prevenía también a los jueces contra la tentación de considerarse legisladores. Esta prohibición se expresa hoy en el art 12.3 de la L.O.P.J. de 1985.

Sin embargo, en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo se permite su interposición en caso de quebrantamiento de doctrina legal, es decir, de los criterios reiterados del propio Tribunal Supremo en anteriores decisiones, con lo cuál la jurisprudencia se constituye en una fuente de mayor eficacia que la costumbre y los principios generales.

Por otra parte, 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. Además, la observancia del precedente judicial es una conducta jurídicamente exigible en virtud del principio constitucional de igualdad, que prohíbe que dos o más supuestos de hecho sustancialmente iguales sean resueltos de forma injustificadamente dispar, como ha reiterado el Tribunal Constitucional.

Es en la reforma del Código Civil de 1973-74 donde ya se menciona a la jurisprudencia para, aún sin reconocerla 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). Dicho precepto hay que entenderlo ahora en el contexto de la Constitución de 1978, que ofrece la realidad de una Justicia constitucional por encima del propio Tribunal Supremo.

Existen además otras dos fuentes de doctrina jurisprudencial que son fruto de nuestra integración europea: de una parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, de otro lado, son vinculantes también para los Tribunales y autoridades españolas las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

TEMA 4.- LOS PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1.- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y DERECHO

Podemos considerar a la Administración como una gran organización, como un conjunto de organizaciones estructuradas en distintos niveles:

El nivel primario lo constituyen los **Municipios**. Sobre ellos, y al margen de Entes intermedios como la Isla o la Comarca, lo forman las **Provincias** (50 como división administrativa del Estado y 43 -restadas las Comunidades Autónomas uniprovinciales- como Entes locales. Creadas por la Constitución de 1978, se encuentran las 17 **Comunidades Autónomas**, que, salvo el caso de las uniprovinciales, extienden su competencia al territorio de varias provincias.

Por encima de los Entes territoriales citados se encuentra la **Administración del Estado**, con competencia a todo el territorio, en cuyo vértice está el Gobierno.

Todas estas organizaciones, desde el más modesto de los Municipios hasta el Estado, crean otras **organizaciones especializadas**, con arreglo al Derecho público o al privado (organismos autónomos, fundaciones públicas, sociedades) para el cumplimiento de sus fines.

Se cierra el campo de las administraciones públicas con los **Entes Corporativos** (Colegios Profesionales, Cámaras Oficiales, Federaciones deportivas, etc.). Se trata de organizaciones de base asociativa, que cumplen a la vez fines privados y públicos, lo que se traduce en un régimen también mixto, de Derecho público y de Derecho privado.

Todo este conjunto de organizaciones puede ser estudiado desde diferentes perspectivas, algunas de las cuales nada tiene que ver con el Derecho. Lo que aquí interesa es el estudio de las normas que regulan la creación, modificación y extinción de estos Entes; de las que regulan la distribución de competencias y la resolución de conflictos, asegurando la supremacía, la jerarquía y la coordinación entre todos ellos.

El primer problema que se plantea es saber si son normas jurídicas o no. La tesis tradicional niega el carácter jurídico a las normas de organización en base a que el Derecho no es sólo norma, sino norma que regula las relaciones entre sujetos, no teniendo relevancia jurídica las normas en las que la institución se concreta, de aquí que no sean normas jurídicas las normas que regulan las relaciones entre los distintos órganos del Estado.

En contra de esta tesis, argumentó SANTI ROMANO que las normas de organización producen indudables efectos jurídicos. Son, además, presupuesto de la existencia misma de las personas jurídicas públicas.

Por otra parte, la infracción de las normas de organización ocasiona en los actos administrativos los mismos efectos de invalidez que la infracción de normas que regulan relaciones intersubjetivas: es normal invocar en el proceso contencioso-administrativo el incumplimiento de las normas de organización como causa de lesión de derechos o por implicar invasión de esferas de competencia de otras personas jurídicas públicas.

Por otra parte, las normas de organización han de dictarse con los mismos requisitos formales que las demás normas jurídicas.

Todo lo dicho lleva a considerar, finalmente, a las normas de organización como normas jurídicas.

2.- POTESTAD ORGANIZATORIA. LIMITES Y PRINCIPIOS GENERALES

Por potestad organizatoria se entiende el conjunto de facultades que cada Administración ostenta para configurar su estructura. Sería la facultad de la Administración para configurar dentro de los límites de las leyes constitucionales y ordinarias su propia estructura.

Lo que es necesario es ver cómo se distribuye esa potestad entre los distintos órganos del Estado y dentro de qué límites o condiciones ha de ejercerse la de cada una de las Administraciones públicas.

En cuanto al Estado, la Constitución reserva al poder legislativo la creación, modificación y extinción de los Entes territoriales más importantes, como son las CC.AA y las Provincias. Respecto de los Municipios, la competencia para la creación, supresión y fusión de municipios se remite ahora a la legislación de las CC.AA, la cual determinará el órgano competente para esas operaciones (art 13 LBRL).

La reserva de ley se ha impuesto para la regulación del Gobierno, del Consejo de Estado y de los Organismos públicos; sin embargo, por Real Decreto el Presidente del Gobierno puede variar el número, denominación y competencias de los Ministerios y Secretarías de Estado.

La competencia para la creación de órganos inferiores a los departamentos ministeriales corresponde al Gobierno, si se trata de Secretarías de Estado, Subsecretarías, Secretarías Generales, Direcciones y Subdirecciones Generales y órganos asimilados, y a los Ministros, previa aprobación del Ministerio de la Presidencia, si se trata de la creación, modificación, refundición o supresión de servicios, secciones, negociados y niveles asimilados.

En cuanto a las CC.AA habrá que atender a lo que digan las leyes sobre gobierno y administración dictadas en desarrollo de sus respectivos Estatutos.

En los Municipios y Provincias, sus órganos básicos (Pleno, Alcalde, Comisión de Gobierno y Presidente de la Diputación) se encuentran regulados en la LBRL. Los órganos inferiores, ya de nivel administrativo, se regulan por cada Corporación, que ha de aprobar un Reglamento orgánico, y por las normas que, con carácter supletorio a dicho Reglamento, dicten las Comunidades Autónomas en desarrollo de la Ley de Bases.

En cuanto a los límites o condiciones del ejercicio de la potestad organizatoria, ésta debe inspirarse y respetar el art 103 Constitución, que obliga a la Administración a servir *con objetividad los intereses generales* y a actuar *de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación*.

Estos principios han sido reiterados por la LRJAPyPAC, la cual añade por su cuenta tres principios más: la distinción entre gobiernos y administraciones, el principio de cooperación y el de personalidad jurídica.

La distinción entre gobiernos (de la Nación, de las CC.AA: y de los Entes locales) y administraciones (estatal, autonómica y local) parece responder, en opinión del prof. Parada, al intento de separar la clase política de la funcionarial, con el fin de trasladar a ésta última todo el peso y la responsabilidad del funcionamiento de las Administraciones públicas. Pero si, según la Constitución de 1978, el Gobierno tiene atribuida la dirección de la Administración Civil y Militar, también le corresponde la función ejecutiva, lo que implica que el Gobierno ocupa y gestiona efectivamente la Administración, responsabilizándose de ella jurídicamente, y no sólo políticamente.

En cuanto al principio de personalidad jurídica, la LRJAPyPAC en su art 3.4 declara la personalidad jurídica única de las Administraciones públicas (*cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única*). Esto significa, entre otras cosas, que cada Administración territorial es responsable de la totalidad de las organizaciones creadas por ella, de forma que se pueden dirigir contra el Ente matriz las acciones de responsabilidad por actuaciones de las citadas organizaciones.

3.- LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS

A) Teoría del órgano

Toda Administración Pública es un conjunto de elementos personales y materiales ordenados en una serie de unidades en virtud del principio de división del trabajo, a las que se les asigna una parte de las competencias que corresponden a la organización en su conjunto.

La LRJAPyPAC parece contraponer el órgano con las unidades administrativas, dando a entender que el órgano integra una o varias unidades administrativas. Sin embargo, del conjunto de la Ley se deduce que cuando se alude al órgano se trata de una estructura administrativa con atribución de competencia y con posibilidad de dictar resoluciones y actos administrativos.

La LOFAGE configura al órgano como uno de los tres elementos (junto a la unidad administrativa y el puesto de trabajo) sobre los que se estructura la Administración General del Estado. Esta Ley determina los órganos administrativos por dos vías: desde un punto de vista *formal*, son órganos aquéllos que la propia Ley califica como tales, es decir, los órganos superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y los órganos directivos (Subsecretarios, Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores y Subdirectores Generales) y desde un punto de vista *material*, tendrán la consideración de órganos las unidades administrativas de rango inferior a los anteriores, bien porque sus funciones tengan efectos jurídicos frente a terceros, bien porque su actuación tenga carácter preceptivo.

B) Límites de la imputación

La teoría organicista, aunque explica más cabalmente los mecanismos de imputación a las Administraciones Públicas de los actos de los funcionarios, debe ser, no obstante, matizada en un doble sentido: primero, que no todos los actos de los funcionarios se imputan a la Administración a la que sirven, y segundo, que la Administración puede resultar vinculada por personas que no tengan la condición de funcionarios.

Como límite a la aplicación mecánica de la responsabilidad de la Administración por todos los actos que realizan los funcionarios, se ha formulado el -concepto de *falta personal*. Faltas personales, de las que no respondería la Administración, serían aquellas en las que el funcionario aparece con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias, o bien, aquéllas en las que su error o negligencia sobrepasan el funcionamiento mediocre del servicio. Los demás supuestos se considerarían faltas del servicio, realizadas en interés de la Administración, que respondería por ello indemnizando por los daños producidos.

Se plantea la cuestión de la responsabilidad de la Administración por actos realizados por quienes han perdido la condición de funcionarios, no la han adquirido todavía o, simplemente, no son funcionarios. Son supuestos de prolongación de funciones o de asunción de funciones públicas por simples ciudadanos en casos de urgencia o de vacío de poder. En estos casos, la doctrina italiana ha elaborado la teoría del funcionario *di fatto*, según la cuál se darían validez a los actos realizados por razones de seguridad jurídica y dejando a salvo los derechos e intereses de terceros de buena fe que fiaron de la apariencia funcional.

C) Clases de órganos

Las clasificaciones más habituales son las siguientes:

- Según su **origen** normativo: constitucionales y no constitucionales, según que estén previstos o no en la Constitución.
- Según el **número de titulares**: individuales y colegiados. En los órganos colegiados varias personas concurren en posición de igualdad y simultáneamente en el ejercicio de las funciones que el órgano tiene atribuidas.

Esta clasificación no debe confundirse con la de órganos simples y complejos. Los órganos complejos están constituidos por la agrupación de órganos simples, sean éstos individuales o colegiados.

- **Otras clasificaciones**: externos o internos, representativos o no representativos, centrales o locales, órganos con competencia general o con competencia específica, etc.

D) La creación de los órganos administrativos

Mientras la creación de las CC.AA y las Provincias está regulada en la Constitución y es competencia del Estado, la creación de Entes locales es competencia de las CC.AA.. A su vez, la creación en cada Administración territorial de órganos y unidades administrativas es competencia de cada una de ellas.

La LRJAPyPAC establece unas reglas para la creación de órganos y unidades administrativas:

- Prohibición de la duplicidad de órganos, condición ya recogida en la LPA 1958.
- Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
- Delimitación de sus funciones y competencias.

- Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

4.- LOS ORGANOS COLEGIADOS

- **Regulación y clases de órganos colegiados**

El órgano colegiado se caracteriza por que su titularidad corresponde a un grupo de personas físicas. La voluntad del órgano se forma por el concurso de la voluntad de sus miembros. No debe confundirse con órgano complejo, que es aquél en que concurre la voluntad de diversos órganos, sean unipersonales o colegiados.

La LPA 1958 estableció por primera vez en nuestro Derecho, una regulación de los aspectos estructurales de los órganos colegiados, regulación que ha sido sustituida por la de los arts. 22 al 28 de la LRJAPyPAC, pero que no es aplicable a los órganos colegiados máximos o directivos de cada Administración: Gobiernos de la Nación y Autonómicos y Plenos de Entes Locales.

Novedad de la regulación vigente es que impone una clasificación y un triple régimen jurídico de los órganos colegiados antes inexistente.

Los órganos colegiados son de los siguientes tipos:

- a) Organos colegiados comunes, que son los integrados por autoridades o funcionarios de una misma Administración territorial. En este caso, el órgano se integra en la estructura jerárquica de dicha Administración.
- b) Organos colegiados compuestos por representantes de distintas Administraciones. En este caso el órgano colegiado se inserta en la estructura de la Administración territorialmente predominante.
- c) Organos colegiados en los que participan, además de representantes de una o varias Administraciones, organizaciones representativas de intereses sociales, como es el caso en que en el órgano se inserta una representación de los sindicatos.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la LOFAGE clasifica los órganos colegiados en ministeriales y en interministeriales. En ambos casos, prevé la presencia de representantes de otras Administraciones públicas o de organizaciones representativas de intereses sociales o de personas especialmente designadas por sus conocimientos o experiencia en el ámbito de las funciones del órgano.

La LOFAGE diferencia también los órganos colegiados según las competencias que se les atribuyen. Así, nos encontramos con:

- Organos colegiados propios, caracterizados por:
 - Para su creación se requiere una norma específica publicada en el BOE.
 - Atribución de competencias decisorias, o competencias de emisión de informes preceptivos que servirán de base a las decisiones de otros órganos, o competencias de control y seguimiento de las actuaciones de otros órganos.
- Organos impropios, cuya característica esencial radica en que sus acuerdos no tendrán trascendencia jurídica frente a terceros.

Los órganos colegiados pueden ser creados por convenio con otras Administraciones públicas o mediante una

norma de creación, que deberá recoger los extremos contenidos en el art 38.2 LOFAGE.

B) El Presidente

Es la figura central de los órganos colegiados el "*primus inter pares*". Su nombramiento deberá estar previsto en las normas del órgano de que se trate, y en ellas se precisará si lo es por elección, por designación, etc. La LOFAGE no dice nada al respecto. En casos de vacante, ausencia o enfermedad es sustituido por el Vicepresidente o por el miembro del órgano de mayor jerarquía, antigüedad y edad de entre sus componentes.

La LOFAGE establece una enumeración muy prolija de las tareas del Presidente, enumeración que es abierta pues el Presidente puede ejercer *cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano*. Entre las funciones enumeradas en la Ley, unas son *formales*, como la de ostentar la representación del órgano; pero otras suponen una *superioridad* sobre los otros miembros del órgano colegiado, como la de controlar las convocatorias, fijando las fechas, el orden del día, etc., así como moderar los debates y suspenderlos por causas justificadas.

El voto del Presidente es de calidad para dirimir los empates. Se exceptúa el caso de órganos con representación de intereses sociales o de distintas Administraciones, donde sólo es de calidad el voto del Presidente si así lo establecen las propias normas del órgano.

Especial importancia tiene la función de *asegurar el cumplimiento de las leyes*, pudiendo llegar incluso a decretar la suspensión de los debates cuando, por ej. se viertan expresiones ofensivas contra terceros, se proponga tomar acuerdos que juzgue antijurídicos

C) Los miembros de órganos colegiados

La función propia del miembro del órgano colegiado es deliberar y votar los acuerdos que se le propongan. En principio, este derecho-deber es personal e intransferible, aunque la Ley regula las suplencias con gran permisividad, admitiendo que sean sustituidos por los suplentes, si los hubiera. Paralelamente tienen el derecho a recibir, con antelación mínima de 48 horas, el orden del día de las reuniones e información sobre los temas que figuren en el orden del día, así como, en general, tienen el derecho a recibir toda la información que precisen para el ejercicio de las funciones asignadas.

A continuación le siguen los derechos a participar en los debates y a ejercer el voto, el cual puede ser a favor de las propuestas o en contra, pero no abstención, excepto para los miembros no funcionarios.

Por último, los miembros del órgano colegiado pueden formular ruegos y preguntas, trámite que se suele realizar en la parte final de las sesiones, separadamente de las discusiones de los asuntos del día.

D) El Secretario

La Ley establece que los órganos colegiados tendrán un Secretario, que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente. Su designación, cese y sustitución en casos de vacante, ausencia o enfermedad se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su defecto, por acuerdo del mismo.

El Secretario es un miembro del órgano colegiado y en esa condición asiste a las reuniones con voz pero sin voto, si como se ha dicho más arriba, es un funcionario, y con voz y voto si es miembro del órgano.

Tiene asignadas las funciones de comunicación, convocatoria de sesiones, citaciones a sus miembros; y la función de documentación: prepara el despacho de asuntos, redacta y autoriza las actas de las sesiones, expide certificaciones.

E) Convocatoria y sesiones

Para las convocatorias hay un régimen dispositivo: el que cada órgano colegiado establezca si éste no está previsto por su normas de funcionamiento. Tal régimen especial podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

Para la validez, tanto de la constitución del órgano como de las deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario y de la mitad, al menos, de los miembros, computando aquéllos a efectos de la mayoría. En segunda convocatoria, la Ley se remite, tanto en cuanto a posibilidad de celebración como en cuanto a quorum necesario, a las normas de funcionamiento del órgano o a lo que el propio órgano determine.

Una vez constituido el órgano, se procederá a tratar los asuntos previstos en el orden del día sin que, en principio, se pueda tratar ningún otro. Sin embargo, se pueden tratar otros temas siempre y cuando estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por mayoría.

Los acuerdos se adoptan de acuerdo con el principio de mayoría de votos presentes, teniendo el voto del Presidente carácter dirimente en los empates, salvo si se trata de órganos con representantes de intereses sociales, en cuyo caso únicamente lo será si así lo disponen las propias normas del órgano.

F) El Acta

Es el documento más importante que produce el órgano colegiado pues en él deben -reflejarse los aspectos esenciales de lo acontecido en cada una de las sesiones que celebre.

El acta de cada sesión recoge lo esencial de las sesiones, no es preciso que recoja el contenido completo y exacto de las mismas. Lo levanta o redacta el Secretario y debe especificar necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se han celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Esta sobriedad del acta es debida a que se pretende huir de la parlamentarización de las actuaciones de los órganos colegiados y ganar en eficacia y rapidez. No obstante esta brevedad, los miembros podrán solicitar que figure en el Acta el voto contrario al de la mayoría, la abstención o los motivos del voto favorable. También pueden solicitar que figure el contenido íntegro de sus intervenciones o propuestas pero en este caso deben presentar el texto que se corresponda fielmente con la intervención.

La ampliación en el acta de las intervenciones de los miembros, puede tener lugar a través de otra vía que es la formulación del *voto particular*. A través de él pueden reiterar el contenido de las intervenciones orales y además, formular en el escrito las alegaciones o justificaciones de su voto discrepante de la mayoría.

Trámite inexcusable para la validez de las actas es su aprobación por el propio órgano colegiado. Se aprobarán en la misma sesión o en la siguiente, pudiendo, no obstante, el Secretario expedir certificación sobre los acuerdos adoptados, sin perjuicio de la posterior aprobación del acta.

5.- LA COMPETENCIA

La competencia es el elemento más característico del órgano. Se le podría definir como la medida de la capacidad de cada órgano y también como el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano y que unos y otros están autorizados y obligados a ejercitar.

Los criterios fundamentales de distribución de la competencia son tres: el jerárquico, el territorial y el material, que dan lugar a otras tantas clases de competencia:

- Competencia **jerárquica**, que es la medida de la distribución de funciones y potestades, entre los diversos grados de la jerarquía. Se trata de un reparto vertical.
- Competencia **territorial**, que supone un reparto horizontal, en razón del territorio, de las funciones de los distintos órganos que están al mismo nivel jerárquico (horizontal).
- Competencia **material** o competencia *ratione materiae*, que supone una distribución por fines, objetivos o funciones y es la que da origen a la diversidad de atribuciones entre los Ministerios, por ej.

Pero en la actualidad la distribución de competencias no tiene los nítidos perfiles que parecen derivarse de los conceptos acabados de citar. La complejidad de la vida administrativa ha originado nuevas formas o criterios de atribución de competencias.

Así, podemos hablar de competencia **exclusiva**, que se refiere a la forma de atribución de competencias a las CC.AA. por parte de sus Estatutos. De esta forma, se habla de que las CC.AA. tienen atribuidas *en exclusiva* determinadas funciones.

También podemos hablar de competencia **compartida**, en la que una misma materia se reparte entre el Estado y diversos Entes públicos.

En materia de determinados servicios sociales se habla de que existen competencias **abiertas o indistintas**, de modo que todos los Entes pueden ejercitarlas, lo que lleva en muchas ocasiones a reduplicaciones de actividades.

Por último cabe hablar de competencia **alternativa** cuando la atribución a dos o más Entes se hace de forma que si se ocupa uno de ellos no lo puede hacer otro.

La falta de competencia origina un vicio del acto administrativo que produce su invalidez. La incompetencia puede ser **manifiesta** o **no manifiesta**, dando lugar la primera de ellas a la nulidad de pleno derecho y la segunda a la simple anulabilidad. Estas dos clases de incompetencia vienen a coincidir con la clasificación doctrinal de competencia absoluta y competencia relativa, pudiendo afirmarse que la primera se origina por falta de competencia material o territorial y la segunda por falta de competencia jerárquica.

6.- LA JERARQUÍA

La técnica más elemental y tradicional de reparto de competencias en una organización es en virtud del principio de jerarquía, es decir, con arreglo a un sistema de estructuración escalonada y piramidal en el que los órganos del nivel superior mandan sobre los del nivel inferior, cuya actividad dirigen y controlan.

El principio de jerarquía es uno de los enunciados por la Constitución a los que debe ajustarse la organización administrativa.

Dos condiciones son necesarias para poder hablar de jerarquía:

- Existencia de pluralidad de órganos con competencia material coincidente y escalonados dentro de la estructura organizativa.
- Garantía de la prevalencia de la voluntad del órgano superior, de forma que en cualquier asunto podrá dirigir la actividad del inferior.

Podemos citar como manifestaciones del poder jerárquico las siguientes:

- a) Poder de impulso y dirección de la actividad de los órganos superiores sobre los inferiores mediante normas de carácter interno, como instrucciones o circulares.
- b) Poder de inspección, de vigilancia o control sobre la actividad del inferior.
- c) Facultad de anular los actos de los inferiores, a través del recurso ordinario, antes llamado de alzada.
- d) Facultad disciplinaria sobre los titulares de los órganos inferiores.
- e) Posibilidad de delegar competencias en órganos inferiores, así como, inversamente, avocar o resolver por ellos en determinados asuntos.
- f) Poder de resolver los conflictos de competencia entre órganos inferiores.

Por parte de los órganos inferiores existe el deber de respeto, obediencia y acatamiento de las órdenes de los superiores, llegando el incumplimiento incluso a conductas tipificadas como delito, recogido en el Código Penal.

El principio de jerarquía en la actualidad está sufriendo un proceso de deterioro. La dosis de autoritarismo que conlleva, la aparición de otros principios como el de coordinación y cooperación han creado un clima poco propicio hacia el tradicional principio de jerarquía.

7.- CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

En sentido riguroso la **centralización** es aquella 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, consecuentemente, se atribuye todas las potestades y funciones necesarias para ello. Las divisiones del territorio únicamente son circunscripciones de una misma Administración, con la que están unidos por vínculos de jerarquía.

En un sentido menos radical, la centralización admite la existencia de colectividades locales (municipios, departamentos, provincias), si bien es el Estado quien define e interpreta sus necesidades y quien efectivamente dirige su actividad.

La centralización surge tras la Revolución Francesa como la obra fundamental de Napoleón, que traslada a la Administración civil el sistema militar de unidad de mando. En un contexto histórico como el del siglo XIX, donde priman los valores proclamados por la Revolución Francesa, entre ellos la igualdad de los ciudadanos ante los servicios públicos y, por ello, su uniformidad en todo el territorio, la centralización fue considerada un signo de progresismo político.

La descentralización nace, en un principio, para corregir los excesos del centralismo. Lo podríamos definir como un proceso de -signo contrario a la centralización y que se inicia prácticamente, -cuando el proceso centralizador ha sido cumplido. Como ventajas se han anunciado: el acercamiento de los niveles de decisión a los administrados y el conjurar las disfunciones del centralismo. Como factores negativos se han señalado:

- Las dificultades financieras, en el sentido de que el mismo individuo puede ser a la vez contribuyente del Estado, de las Regiones y de las Entidades Locales. Si aumenta la descentralización, el Estado decide qué tributos ceder a los Entes descentralizados y cuáles gestionar por sí mismo, con lo cual se pueden producir diferencias entre la regulación de diferentes Entes y la consiguiente desigualdad entre ciudadanos.
- Inadaptación de las estructuras existentes. Existe en nuestro país un minifundismo municipal que hace muy difícil y costosa la gestión de los servicios municipales. Debiera haber existido un proceso de fusión de

municipios, a fin de que tuvieran unas dimensiones más óptimas.

– Escaso entusiasmo que despierta actualmente la descentralización. Las formas de vida actuales, mundiales y globalizadas, sin apego a la tierra ni a las tradiciones locales hacen que las personas no tengan tiempo ni interés en los temas locales.

Por otra parte, la descentralización ha evolucionado desde la inicial distribución del poder entre el Estado y los Entes locales a la actual concesión de autonomía a los citados Entes y la creación de un nuevo nivel territorial, con las CC.AA. en España, las Regiones en Francia e Italia.

Esta autonomía debe reunir los siguientes requisitos:

- El Ente local tiene un ámbito de competencias propio no sólo frente al Estado sino también frente a otros Entes locales que se superponen en su territorio (así, el Municipio esta descentralizado frente al Estado y frente a la Provincia y a la Comunidad Autónoma).
- El Ente descentralizado goza de personalidad jurídica propia e independiente.
- Los titulares de sus órganos de gobierno son distintos e independientes de los titulares de los órganos superiores y son elegidos por los miembros de la comunidad respectiva.
- El Estado y los órganos superiores no controlan la actividad de los órganos inferiores.

8.- LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL

En contraste con la descentralización territorial, la descentralización funcional, o descentralización de servicios, no plantea ningún problema de reparto o distribución del poder político en el seno del Estado o de su 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 origen se trata de un modo de organización interna del Estado centralizado consistente en el reconocimiento de personalidad administrativa de un servicio o actividad pública. De esta forma. Mediante la creación de entes auxiliares el Estado se descarga de la prestación directa de los servicios.

Es durante el siglo XX, cuando el modelo centralizado del Estado se encuentra en su punto álgido, que el Estado utilizó con frecuencia la técnica de la descentralización funcional o de servicios, creando cantidad de organismos especializados.

En la actualidad la descentralización funcional es una técnica que utilizan tanto el Estado como el resto de Administraciones públicas, creando dentro de su ámbito organizaciones especializadas, dotadas de personalidad jurídica distinta de la del Ente matriz.

Dentro de la descentralización funcional, se dan distintos grados de dependencia entre el Ente matriz y el descentralizado. Puede haber una casi total identidad entre los dos, cuando el personal directivo de uno y otro es el mismo; y puede darse también el caso de que el Ente descentralizado tenga una cierta autonomía.

9.- LA DESCONCENTRACIÓN

La desconcentración es 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 es descongestionar el trabajo de los órganos superiores trasvasando parte de sus competencias a otros inferiores, provocando, por lo tanto, una pérdida de poder y competencias de aquéllos ya que esa cesión de competencia es definitiva.

La desconcentración es introducida por la LRJAE de 1957 que, lamentándose en su Exposición de Motivos de la excesiva acumulación de funciones en los órganos superiores de la Administración, aconseja el traspaso de competencias a órganos subordinados, en beneficio tanto de la Administración como de los particulares.

Aunque la LRJAE habla de la Administración Central del Estado, es obvio que cabe esta técnica en todas las Administraciones, siempre que se dé una ordenación jerárquica que permita ese trasvase permanente de competencias de un órgano superior a otro inferior.

La desconcentración es una especie de pariente pobre de la descentralización, sus consecuencias políticas pueden ser trascendentales por cuanto supone la traslación de competencias de personal de nombramiento político a personal profesional, los funcionarios.

La LRJAPyPAC recoge la técnica de la desconcentración pero no la define ni la regula, remitiéndose a las normas que la prevean.

Finalmente, no debe confundirse la desconcentración con la delegación interorgánica, que se lleva a cabo por decisión del superior, que puede revocarla en cualquier momento.

10.- LAS TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS ENTRE ENTES PÚBLICOS TERRITORIALES

La atribución de competencias a los diversos Entes es algo que el ordenamiento jurídico no resuelve de una vez por todas. Siempre hay un proceso de cambio competencial, en especial si se produce, como a raíz de la Constitución de 1978, un reparto descentralizado de las competencias estatales a favor de las CC.AA. Asimismo, la creación o reforma de nuevos Entes ocasiona una reorganización de competencias. Vamos a estudiar aquí los supuestos de transferencia que no afectan a la titularidad última y que, por tanto, tienen un carácter más o menos temporal.

A) La delegación intersubjetiva

Se caracteriza por el acuerdo entre un Ente territorial superior y otro inferior para el ejercicio por éste de las competencias de aquél. Un supuesto típico es el contemplado en el art 27 LBRL, que trata de la delegación de competencias estatales, autonómicas o de otras Entidades Locales superiores a los Municipios, y que requiere *la aceptación por el Municipio interesado*.

La LBRL establece una especie de características o condiciones para que se dé una verdadera delegación:

- La delegación ha de hacerse en materias que afecten a los intereses de la provincia o el municipio, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública, determinando el *acuerdo de delegación* el alcance de la misma, así como los controles que se reserva la Administración delegante y los medios que ésta transfiera.
- La Administración delegante podrá dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, pudiendo recabar información sobre la gestión municipal y requerimientos para subsanar las deficiencias encontradas.
- La Administración delegante podrá revocar en cualquier momento la delegación o efectuar por sí misma la competencia delegada en sustitución del municipio.

B) La gestión forzosa y la encomienda de gestión

El concepto gestión forzosa significa que un Ente territorial inferior gestiona obligatoriamente servicios de otro superior, que mantiene la titularidad de la competencia.

Lo que caracteriza a esta figura y la distingue de la anterior es la obligatoriedad, de forma que el Ente inferior no puede resistir la colaboración, que se le impone no por acuerdo con el superior sino por mandato de la Ley.

Aquí se englobarían todas las transferencias entre Entes en las que falta el dato de la voluntariedad de la aceptación del Ente inferior. Es precisamente esta carencia lo que hace dudar acerca de la constitucionalidad de esta figura como contraria al principio de autonomía de las Corporaciones locales pues, al ser gestoras forzosas de servicios de titularidad estatal o autonómica, se da una clara subordinación jerárquica del Estado o la Comunidad Autónoma.

La LRJAPyPAC regula la encomienda de gestión cuyos efectos consisten en atribuir *por razones de eficacia o cuando no se posean los medios idóneos para su desempeño* a otros 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). Aquí no se cede la competencia del servicio.

Respecto de la encomienda de gestión cabe puntualizar lo siguiente:

- La encomienda de gestión puede darse también de un Ente inferior (Ente local) a otro superior (Estado o Comunidad Autónoma).
- La encomienda de gestión tiene carácter voluntario cuando se realiza entre Entes de distintas Administraciones, al exigirse la firma del correspondiente convenio.

C) La avocación intersubjetiva, sustitución o subrogación

Por avocación intersubjetiva se entiende el desapoderamiento que en su favor hace un Ente superior del ejercicio de la competencia sobre un determinado asunto y cuya titularidad corresponde a un Ente inferior. Se trata de una figura inversa a la de la delegación y a la gestión forzosa.

En el Antiguo Régimen se utilizó con frecuencia esta técnica para impedir que se investigaran los asuntos es los que estaban implicados altos funcionarios o incluso la Corona. Su abuso llevó a prohibir la avocación en el moderno constitucionalismo.

La LRL de 1955 previó la subrogación del Estado en el conocimiento de asuntos locales, incluso con sustitución de los órganos municipales, en supuestos de gestión gravemente dañosa de los intereses municipales y cumpliendo determinados requisitos formales.

Tras la Constitución de 1978, la avocación intersubjetiva o avocación entre Entes públicos independientes, equiparable a lo que otros llaman sustitución o subrogación, porque el Ente superior sustituye y se subroga en las competencias del inferior, resulta difícilmente conciliable con la proclamación de la autonomía de las CC.AA. y las Corporaciones locales. Sin embargo, supuestos comparables se han recogido en la propia Constitución y en la LBRL

En efecto, el art 155 Constitución contempla la posibilidad de que el -Estado avoque competencias de las CC.AA. y convierta a sus autoridades en órganos que cumplen instrucciones estatales, así como otras medidas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que la Constitución y otras leyes impongan a las CC.AA. o para impedir que éstas dañen el interés general. Esta medida debe ser acordada por el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma.

El art 60 LBRL, por su parte, recoge un supuesto análogo referido a las Corporaciones locales.

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

La transferencia de competencias se da con frecuencia entre órganos de un mismo Ente público y es un fenómeno normal dentro de una estructura jerarquizada en la que el órgano superior puede trasladar al inferior el ejercicio de competencias que le son propias o recabar para sí competencias del inferior.

La LPA exigía para estas operaciones una autorización legal, exigencia que no siempre se cumplía. La LRJAPyPAC ha modificado el régimen de las transferencias aceptándolas *cuando existan circunstancias () que lo hagan conveniente y se efectúen en los términos previstos en las leyes.*

A) La delegación interorgánica

La delegación interorgánica de competencias permite a un órgano, el delegado, ejercer las competencias de otro, delegante, sin que por ello se altere el sistema de distribución de competencias, como ocurre con la desconcentración. Los actos del delegado se consideran actos del delegante.

La LRJAPyPAC ha flexibilizado notablemente el régimen de la delegación. En primer lugar ya no es necesaria la previsión legal de la facultad de delegar de que hablaba la LPA. De otro lado, se ha ampliado el ámbito subjetivo ya que no sólo es posible delegar en favor de órganos ligados por una relación de jerarquía sino que también lo es en favor de órganos que no sean jerárquicamente independientes, si bien, en este supuesto, el órgano delegado habrá de consentirla.

En cuanto a las materias no susceptibles de delegación, son las siguientes:

- Las materias que ya se ejerzan por delegación.
- No se puede delegar la resolución de un asunto cuando se haya emitido con anterioridad dictamen preceptivo acerca del mismo.
- Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno, Cortes Generales, Presidencia de los Consejos de Gobierno de las CC.AA. y Asambleas Legislativas de las CC.AA..
- La adopción de disposiciones de carácter general.
- La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso.

La Ley del Gobierno de 1997 regula específicamente la delegación de competencias en el seno de aquél. Así, pueden delegar el ejercicio de funciones propias, por ej. el Presidente a favor del Vicepresidente o Vicepresidentes o de los Ministros Sin embargo, no pueden delegarse las siguientes competencias:

- Las atribuidas directamente por la Constitución.
- Las relativas al nombramiento y separación de altos cargos atribuidas al Consejo de Ministros.
- Las atribuidas a los órganos colegiados del Gobierno.
- Las atribuidas por una ley que prohíba expresamente la delegación.

Formalidades requeridas para la validez de las delegaciones:

- Que la delegación se publique en un periódico oficial (BOE, DOCA, BOP, etc.).
- Las resoluciones que se adopten por delegación deben indicar expresamente esta circunstancia.

– Si para el ejercicio de la delegación se precisa un quórum especial (caso de órganos colegiados) es preciso respetar dicho quórum.

En punto a las infracciones de estas normas y los efectos sobre los actos dictados son los siguientes:

- La infracción de las normas sobre los límites materiales de la delegación provoca que el órgano delegado carezca de competencia, siendo el acto inválido por esta razón. El que esta invalidez haya sea calificada como nulidad de pleno derecho o simple anulabilidad dependerá de si la incompetencia es jerárquica o material.
- La infracción de la norma de publicidad del acto de delegación origina la invalidez de la delegación.
- La falta de consignación en el acto de la mención de que ha sido adoptado por delegación no parece que pueda afectar a la validez del mismo.

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

Finalmente, la delegación se extingue por revocación del órgano que la haya conferido, que puede ser en cualquier momento. Aunque la Ley no lo señala, también se requiere la publicidad en los boletines oficiales.

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

Característica común de las tres técnicas es que *no suponen alteración de la titularidad de la competencia*, como señala el art 12 LRJAPyPAC.

La **delegación de firma** es una delegación que se reduce a ésta. No es necesario que entre el delegante y el delegado se dé una relación de jerarquía, aunque es lo más frecuente. Tiene los mismos límites materiales de la delegación –antes expuestos– y, además, el de que no es posible para adoptar resoluciones de carácter sancionador. No altera la competencia del órgano delegante y, por consiguiente, no es necesaria la publicación del acuerdo de delegación de firma. En las resoluciones adoptadas se hará constar la autoridad de procedencia (art 16 LRJAPyPAC).

La **suplencia** tiene lugar cuando por razones de vacante, ausencia, enfermedad, etc., todas ellas circunstancias temporales, se produce una sucesión transitoria en la titularidad de un órgano, sin alteración de la competencia. El suplente será designado por el órgano competente para el nombramiento del suplido, y si no se designa suplente la competencia será ejercida por quien designe el órgano administrativo inmediato de quien dependa (art 17 LRJAPyPAC).

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 () o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público*. La encomienda no supone cesión de la titularidad de la competencia. Para el Prof. Parada esta técnica está de sobra pues las relaciones entre órganos de una misma Administración se regulan perfectamente a través del principio de jerarquía. No se podrá utilizar la encomienda de gestión cuando los servicios o actividades vayan a ser realizados por personas sujetas al Derecho privado y tales servicios o actividades hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo (art 15 LRJAPyPAC).

C) La avocación

La avocación consiste en la asunción de la competencia de un órgano inferior por el superior. Este es el concepto que se desprendía del art 4 LPA, que consideraba a la avocación como una técnica de signo contrario a la delegación. Por su parte, la Ley del Suelo de 1956 habla de avocación como la posibilidad del

superior de resolver por sí mismo asuntos competencia del inferior.

La LRJAPyPAC (art 14) ha seguido este último criterio, es decir, la avocación como asunción de la competencia del inferior asunto por asunto.

En los supuestos de avocación que tengan lugar en la Administración del Estado el órgano avocante debe poner en conocimiento de su superior jerárquico el ejercicio de la avocación.

Señala el art 14.2 LRJAPyPAC que *la avocación se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento () con anterioridad a la resolución final que se dicte.*

Contra el acuerdo de avocación no cabrá recurso, aunque podrá impugnarse en el recurso que, en su caso, se interponga contra la resolución del procedimiento.

Los efectos de la avocación se extinguen al adoptar el órgano superior (avocante) la resolución correspondiente en el procedimiento.

12.- EL CONFLICTO

Las discrepancias entre los diversos poderes del Estado y entre los órganos de éstos sobre la titularidad de las competencias producen lo que se conoce como conflictos de competencias. Son consecuencia de la dificultad que entraña la asignación precisa de las competencias y han sido marco tradicional de luchas entre los poderes del Estado y las administraciones.

Históricamente han tenido como participantes a la Administración y al Poder Judicial, resolviéndose siempre a favor de la primera, que trataba a toda costa de evitar intromisiones de la Justicia. La Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948 introducirá el concepto de conflicto de atribuciones, entre los diversos Ministerios y la LPA de 1958 regulará los conflictos que se originan entre órganos de un mismo Ministerio.

Con la aparición de las CC.AA. se amplían las posibilidades de conflictos al poderse dar conflictos entre ellas entre sí y entre ellas y el Estado. También son posibles los conflictos planteados por los Municipios, Provincias y demás Entes locales con el Estado o las CC.AA. y entre ellos entre sí.

Por último, la LRJAPyPAC regula los conflictos de competencias que se dan entre órganos de una misma Administración, distinguiéndolos de los conflictos de atribuciones que son los que se suscitan entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente.

Vamos a tratar en detalle los conflictos que se dan entre Administraciones públicas y los que se dan en el interior de éstas entre órganos administrativos.

A) Conflictos entre Administraciones

Un primer supuesto es aquél en el se oponen dos CC.AA. entre sí o una de ellas y el Estado, y están regulados en la LOTC. Sólo pueden ser planteados por los órganos ejecutivos supremos respectivos y en relación con los actos o resoluciones dictados por otro Ente, si se trata de un conflicto positivo, o bien por entender que una conducta no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía o en las Leyes, si se trata de un conflicto negativo.

En cuanto al **procedimiento**, el conflicto positivo se plantea previo requerimiento ante el órgano ejecutivo supremo del Ente invasor de la competencia para que derogue la norma o anule el acto. Este requerimiento debe hacerse en el plazo de 2 meses contado desde la publicación de la norma o comunicación del acto, y si el requerido no contesta en el plazo de 1 mes o lo hace en sentido negativo, el requirente podrá plantear el

conflicto ante el Tribunal Constitucional, que resolverá en el plazo de 20 días, tras oír al órgano requerido.

En la hipótesis de conflicto negativo, el procedimiento se inicia porque ante la solicitud de un administrado una Comunidad Autónoma o el Estado se declaran incompetentes por entender que la competencia corresponde a otro Ente. El interesado deberá entonces plantear la cuestión ante éste, tras agotar ante el primero la vía administrativa, y si éste segundo también se declara incompetente puede acudir al Tribunal Constitucional, que resolverá tras oír a las dos Administraciones.

También cabe el conflicto negativo sin intervención de un administrado. Es el caso de una Comunidad Autónoma que, tras ser requerida por el Gobierno del Estado para que ejercite una competencia atribuida se declara incompetente, o no cumple la competencia en el plazo que le señala el Gobierno.

Un segundo supuesto lo constituyen los conflictos entre diferentes entidades locales se resolverán por -la Comunidad Autónoma o por la Administración del Estado, previa audiencia de las CC.AA afectadas, y sin perjuicio de la posibilidad de impugnar con posterioridad la resolución ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art 50 LBRL).

B) Conflictos entre órganos

Los conflictos entre órganos administrativos de la Administración del Estado o entre los pertenecientes a una Comunidad Autónoma se regulan en la LRJAPyPAC y se resuelven por el superior jerárquico común, según el procedimiento establecido en la LPA, vigente en este punto. En efecto, en caso de conflicto positivo, el órgano que se considera competente debe requerir al órgano que está conociendo el asunto para que se inhiba, el cual debe suspender las actuaciones y remitir todo ello al superior común, que resolverá en el plazo de 10 días. En caso de conflicto negativo, el órgano que está conociendo el asunto y se considera incompetente deberá remitir las actuaciones al que considera competente, el cual decidirá acerca de su competencia en el plazo de 8 días; si se considera incompetente deberá remitir el expediente en el plazo de 3 días al superior común, que resolverá en el plazo de los 10 días siguientes.

Introducidos por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948 y recogidos en la LRJAPyPAC, los conflictos de atribuciones –conflictos que se dan entre órganos no relacionados jerárquicamente– son resueltos por el Gobierno previo informe del Consejo de Estado.

13.- EL CONTROL

El control es la actividad que permite comprobar la adecuación de la Administración a las normas y fines establecidos en el ordenamiento jurídico. En este propósito están responsabilizados todos los poderes del Estado y, asimismo, se han creado órganos constitucionales específicos como son el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas.

En cuanto a los **objetivos o finalidades**, existen:

- Controles de legalidad, que persigue comprobar si la Administración ajusta su actividad al ordenamiento jurídico. Se ejercen a través de los recursos y, en último lugar, corresponden a los Jueces en los procesos en que es parte la Administración.

- Controles de oportunidad, que hacen referencia a la posibilidad de valorar las diversas alternativas o decisiones que puede adoptar un órgano dentro de la legalidad.

- Controles de eficacia, que tratan de comprobar la relación entre los costes que genera la Administración y los logros conseguidos. Este tipo de controles, escasos sobre la actividad administrativa ordinaria, tiene gran importancia en el caso de empresas públicas donde se va extendiendo la práctica de auditorías similares a las

empresas privadas.

En cuanto a las **técnicas utilizadas** se distinguen:

- El control preventivo, que supone que un proyecto de decisión es analizado *a priori*, antes de que se convierta en resolución definitiva, y por un órgano distinto del que va a llevarlo a cabo (por ej. los controles de la Intervención de Hacienda).
- El control sucesivo, en cambio, actúa *a posteriori* y tiene el inconveniente de que actúa cuando la actividad ya se ha producido y a lo mejor ya es demasiado tarde. Su principal efecto positivo es el efecto disuasorio que produce como consecuencia de las responsabilidades que se puedan derivar del control.
- El control permanente, que supone la vigilancia continua sobre un servicio. Corresponde realizarlo al superior jerárquico, responsable siempre del buen funcionamiento del servicio a su cargo.
- El control provocado es el que se realiza con motivo de denuncia, queja o recurso de los administrados, y que obligan a la Administración a realizar algún tipo de investigación, para satisfacer el derecho de los administrados.

La actividad de control ha sufrido un notable retroceso como consecuencia del principio de autonomía y de la profunda descentralización llevadas a cabo por la Constitución de 1978. Las CC.AA. nacieron libres de cualquier control preventivo por parte del Estado. Actualmente, tanto ellas como las entidades locales únicamente están sujetas a controles externos, que corresponden al Tribunal de Cuentas, al Defensor del Pueblo y a los Tribunales.

14.- LA COORDINACIÓN

Coordinación es la función que se ocupa de conjuntar diversas actividades dentro de una organización con el fin de evitar la duplicación de esfuerzos y las acciones divergentes, todo ello con vistas al logro de unos fines.

Pero la coordinación puede ser entendida como un principio de la organización administrativa, recogido incluso en la Constitución, y también como uno de los objetivos de todas las organizaciones, presupuesto indispensable para el logro de los objetivos que se fijan. A su vez, en el primer caso podemos hablar de coordinación dentro de organizaciones jerarquizadas, cuando su dimensión obliga a conjuntar y armonizar esfuerzos, y coordinación entre organizaciones distintas, en cuyo caso es necesaria para asegurar la supremacía de una de ellas, como ocurre con el Estado y las CC.AA.

Estas diferentes formas de entender la coordinación hace que las técnicas sean diferentes:

A) La coordinación interorgánica

Tratándose de una misma organización normalmente basta con la potestad jerárquica para asegurar la conjunción de actividades, a través de la potestad del órgano superior de dictar órdenes a los inferiores para coordinar las actividades de todos ellos. Pero, a pesar de ello, se establecen unos mecanismos o técnicas de coordinación, que se pueden clasificar en orgánicas y funcionales.

Entre las **orgánicas** podemos citar, entre otras:

- El Presidente del Gobierno, al que la Constitución atribuye la función de coordinar a los demás miembros del Gobierno (art 98.2 Constitución).
- Las Comisiones Delegadas del Gobierno, cuya función es precisamente la de coordinar la actuación de los

Ministros interesados a la vista de los objetivos comunes.

- El Delegado del Gobierno, que coordina la actuación de la Administración del Estado con la de la Comunidad Autónoma.

Entre las **funcionales** podemos citar, entre otras:

- Las reuniones periódicas de los órganos inferiores, convocados por el superior, para coordinar sus actividades.
- Actuaciones de planificación, que involucran a distintos órganos, coordinados por uno.
- El procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, en el que son oídos todos los Ministros antes de su aprobación.

B) La coordinación por el Estado y por las CC.AA. de las Entidades Locales

En este supuesto ya no existe relación de jerarquía, estando protegidos estos Entes por el principio de autonomía recogido en la Constitución. Este principio no garantiza la posición de supremacía que le corresponde al Estado o Ente superior sobre el inferior, pero aleja el peligro de que la supremacía se convierta en jerarquía.

La LBRL regula la coordinación por el Estado y por las CC.AA. de las Entidades Locales en los siguientes términos:

- La coordinación se establece con el propósito de asegurar la coherencia de la actuación de las administraciones públicas.
- La coordinación se impone por ley estatal o autonómica, ley que deberá precisar las condiciones y límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas.
- La coordinación se llevará a cabo a través de planes sectoriales para la fijación de objetivos y prioridades de la acción pública en la materia correspondiente.
- El efecto de la coordinación es que las Entidades Locales deberán ejercer sus actividades de acuerdo con los planes sectoriales indicados.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrán crear por Ley órganos de colaboración de carácter consultivo y deliberante.

C) La coordinación del Estado y las CC.AA.

La potestad de coordinación que corresponde al Estado sobre las CC.AA. es muy confuso. Lo que es claro es que al Estado le corresponde una potestad de coordinación sobre las CC.AA., reconocida en la Constitución, que la contempla cuando alude a las funciones del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma. También podemos considerar como una forma de coordinación el dictado por el Estado de una legislación básica.

La cuestión se centra en garantizar la aplicación por parte de las CC.AA. de la normativa estatal de forma homogénea para garantizar la igualdad de los ciudadanos.

En cuanto a las técnicas que sirvan para conciliar esta necesaria homogeneización con el principio de autonomía, la Ley de Proceso Autonómico (art 3) estableció la potestad –reconocida por el Tribunal Constitucional– de supervisión por parte del Estado de la actuación ejecutiva de las CC.AA. Consecuencia de esta potestad es la facultad de formular requerimientos para subsanar las deficiencias encontradas en la labor supervisora.

15.- LA COOPERACIÓN

La podemos definir como una coordinación voluntaria, desde una posición de igualdad, de los diversos Entes públicos, sin imperatividad ni coacción.

La cooperación entre la Administración local y las administraciones del Estado y las CC.AA. está regulada específicamente en la LBRL, que reafirma el carácter voluntario. Pero no existe una previsión general que establezca la cooperación entre el Estado y las CC.AA., aunque el Tribunal Constitucional se ha referido a ella al declarar que no es necesario justificarla en preceptos concretos ya que está implícita en la forma de organización del Estado que se implanta en la Constitución.

En consecuencia, la LRJAPyPAC proclama el principio de cooperación como principio general, principio que, a su vez, la Ley descompone en reglas más precisas, contenidas en el art 4. En su virtud, las Administraciones públicas deberán:

- a) Respetar el ejercicio legítimo de sus competencias por las otras administraciones.
- b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses implicados, en concreto, aquellos cuya gestión corresponda a otras administraciones.
- c) Facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
- d) Prestar la cooperación y asistencia que las otras administraciones pudieran recabar.

Para el cumplimiento de estos objetivos las Administraciones públicas podrán solicitar los datos o documentos que se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud.

La Ley configura, en principio, la asistencia requerida como un deber, pues sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no está facultado para prestarla o cuando, de hacerlo, se cause un perjuicio grave al cumplimiento de sus propias funciones. Otro aspecto de la colaboración se refiere la que deben prestarse las Administraciones del Estado, de las CC.AA. y la Administración local entre sí para la ejecución de actos administrativos fuera de sus ámbitos territoriales de competencia.

Las técnicas previstas para garantizar el cumplimiento de los mandatos del art 4 son las siguientes:

A) Las conferencias sectoriales

Las conferencias sectoriales son órganos colegiados que se reúnen con el fin de asegurar la necesaria coherencia de la actuación de las Administraciones públicas y, en su caso, la imprescindible coordinación y colaboración. A tal efecto, se reúnen los representantes del Estado y de las CC.AA. para *intercambiar puntos de vista, examinar en común los problemas de cada sector y las medidas proyectadas para resolverlos* (art 5 LRJAPyPAC).

La regulación de esta figura es muy endeble. La Ley resuelve el problema de la convocatoria responsabilizando de la misma al Ministro o Ministros que tengan competencia sobre los temas a tratar en la

conferencia.

La Conferencia sectorial puede tomar o no acuerdos. En este caso pueden formalizarse bajo la denominación de Convenios de Conferencia Sectorial y serán firmados por el Ministro o Consejeros competentes de las CC.AA.

B) Los convenios de colaboración

Los convenios son pactos en los que se concreta un acuerdo de voluntades entre dos Entes públicos. La Ley distingue entre convenios de colaboración y convenios de conferencia sectorial, según hayan sido suscritos sin o previa celebración de una conferencia sectorial. En cualquier caso, el régimen jurídico es el mismo.

La Constitución ha visto con recelo los acuerdos entre CC.AA.. De ahí la distinción entre los acuerdos que pudiéramos llamar políticos, que necesitarían la autorización de las Cortes Generales, de los administrativos, aquellos que celebran las CC.AA. entre sí para la gestión y prestación de servicios públicos, remitiéndose a lo dispuesto en los respectivos Estatutos.

La LRJAPyPAC reconoce la posibilidad de los convenios de colaboración al señalar que *el Gobierno de la Nación y los órganos de Gobierno de las CC.AA. podrán celebrar convenios de colaboración en el ámbito de su respectiva competencia*. Aunque el precepto parece contemplar obligatoriamente al Estado como interviniente, se entiende también aplicable a los convenios entre CC.AA., en opinión del prof. Parada.

Sobre el contenido de los convenios de colaboración no hay límites concretos, operando los límites generales de los contratos, el primero el no ser contrarios al ordenamiento jurídico ni al orden público, concretado aquí, ante todo, en no poder renunciar a las competencias propias de las Administraciones intervinientes.

La competencia para resolver los litigios que se susciten por la aplicación de los convenios se remiten, en primer lugar, al órgano mixto de vigilancia y control, que se puede crear por el propio convenio. Sin embargo, este arbitraje no puede impedir el ulterior recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como establece la propia LRJAPyPAC.

16.- LA PARTICIPACIÓN

El principio de participación supone que los ciudadanos, y al margen de la dirección de la Administración por medio de sus representantes democráticamente elegidos, tienen otras vías para gestionar los servicios públicos o dirigir el funcionamiento de la Administración.

Esta posibilidad se ha planteado en los últimos tiempos como una solución a los excesos de la burocracia del Estado democrático, problemas que desaparecerían si los ciudadanos participaran directamente en la gestión de los servicios.

Pero la participación así configurada supondría un desplazamiento de la clase política democráticamente elegida por sectores de ciudadanos con los que tendrían que compartir las funciones y la responsabilidad de la gestión de los servicios.

Se plantea entonces el conflicto entre una Administración participativa, como terminamos de exponer, y una Administración autocrática, servida por funcionarios jerarquizados, dependientes en última instancia del Gobierno.

Este problema no se resuelve del todo en la Constitución de 1978. De un lado, está claro que la dirección de la Administración del Estado corresponde al Gobierno, por lo que le corresponde nombrar y separar a los gestores directos de los servicios sin intervención de los interesados (art 97 Constitución). Pero, por otra parte,

también habla la Constitución de *facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social* (art 9.2). Esto último se manifiesta en el texto constitucional en diversos preceptos referidos a temas tales como: control de centros docentes, organizaciones de consumidores y usuarios, etc

La solución a esta disputa entre el principio constitucional de responsabilidad del Gobierno en la dirección de los servicios públicos y la imposición constitucional de participación de los ciudadanos estaría en entender que la participación tiene unos límites que no pueden franquearse en ningún caso.

TEMA 5.- LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

1.- CARACTERIZACIÓN GENERAL

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

En los orígenes modernos de la Administración estatal española es manifiesta la influencia francesa. En el siglo XVIII, con las reformas introducidas por Felipe V, se inicia el proceso de centralización. Durante el XIX se irán colocando el resto de las piezas: el Gobernador Civil –copia del Prefecto francés–, la división territorial, el Consejo de Estado como órgano consultivo y, ya en nuestros días, la figura de los Secretarios de Estado.

En relación con la Administración estatal inglesa nos separan dos rasgos esenciales: 1) La falta en aquella de una Administración periférica, ya que no hay una división territorial del Estado. 2) Otra diferencia notable es el del mayor grado de politización de nuestra Administración del Estado.

Sobre los órganos que componen la Administración del Estado, es clásica la distinción entre órganos de la **Administración central**, con competencia sobre todo el territorio nacional, y **órganos periféricos**, con competencias reducidas a una parte de aquél. Estos últimos pueden tener base regional (Delegados del Gobierno), provincial (Direcciones provinciales de los Ministerios) o infraprovincial (Administraciones de Hacienda).

Otra distinción es la que habla de órganos de la **Administración activa** y **órganos consultivos** (Consejo de Estado). Finalmente quedarían los órganos de la **Administración institucional**.

En la actualidad, la regulación de la Administración del Estado es objeto de dos leyes, la LOFAGE, de 14/04/1997, y la Ley del Gobierno, de 27/11/1997.

Ambas toman de la anterior LRJAE de 1957 determinadas reglas que son, asimismo, reiteración de principios constitucionales, como son:

- La Administración sirve con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- La Administración está compuesta por órganos jerárquicamente ordenados y actúa con personalidad jurídica única.

A estas reglas se ha unido otras englobadas en unos principios de organización y funcionamiento y de servicio a los ciudadanos, de muy variada índole.

La LOFAGE define unos conceptos básicos de la organización administrativa del Estado. Así, considera estructura primaria las **unidades administrativas**, que son aquéllas en las que se integran los elementos

básicos de la administración. Las unidades administrativas comprenden *puestos de trabajo o dotaciones de plantilla*, vinculados por razón de sus cometidos y por tener una jefatura común.

El **órgano** es para la Ley algo más que una unidad administrativa, aunque puede ser de menor entidad que muchas de ellas. Se distingue de ellas en que tiene atribuidas *funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo* (art 5.2 LOFAGE).

Los órganos de la Administración del Estado **se clasifican** en órganos superiores, directivos y comunes.

Son **órganos superiores** los Ministros y los Secretarios de Estado.

Son **órganos directivos** los Subsecretarios y Secretarios Generales, los Secretarios Generales Técnicos, Directores y Subdirectores Generales. En la organización periférica son órganos directivos los Delegados del Gobierno en las CC.AA. (que tienen rango de Subsecretario) y los Subdelegados del Gobierno en las provincias (que tienen rango de Subdirector general). Asimismo son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes en Organizaciones internacionales.

Son **órganos comunes** todos los demás que se encuentran bajo la dependencia de un órgano superior o directivo.

Los órganos superiores, Ministros y Secretarios de Estado, son nombrados de acuerdo con lo establecido en la Ley del Gobierno sin ningún requisito especial de mérito o capacidad, mientras que los titulares de los órganos directivos se nombran atendiendo a criterios de competencia profesional entre funcionarios de carrera a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

2.- EL GOBIERNO Y SU PRESIDENTE

La expresión *Gobierno* se solía identificar con la expresión *Consejo de Ministros*, haciendo referencia ambas al órgano colegiado compuesto por el Presidente del Gobierno, el Vicepresidente, en su caso, los Ministros y los demás miembros que la Ley establezca, que es, además, como lo hace la Constitución (art 98 Constitución). La Ley del Gobierno de 1997, sin embargo, no lo identifica con el Consejo de Ministros, sino que lo define como un conjunto de órganos compuesto por el Presidente, el/los Vicepresidente/s y los Ministros, y que actúa colegiadamente a través del Consejo de Ministros o de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

La **historia** del Gobierno actual se inicia en el Consejo de Gabinete de Felipe V. Con distintas figuras y denominaciones se llegará hasta el Estatuto Real de 1834 donde se consolida la institución en los términos que ahora conocemos.

La formación del Gobierno se inicia mediante el otorgamiento de la confianza parlamentaria a un determinado candidato por el Congreso de los Diputados. Nombrado Presidente, éste propone el nombramiento de los restantes miembros del Gobierno al Rey, que es quien formalmente nombra a los Ministros, aunque sin poder decisorio ni de veto. El cese del Gobierno se produce por fallecimiento, dimisión o pérdida de la confianza parlamentaria del Presidente.

A) El Presidente

La figura del Presidente es la más relevante dentro del conjunto de órganos que forman el Gobierno, pues de su voluntad depende el nombramiento y cese de todos sus componentes.

El proceso del **nombramiento** del Presidente se inicia con la propuesta por el Rey de un candidato, realizada 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. Se entiende otorgada la confianza en primera votación por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara y en la segunda, 48 horas después, la mayoría simple (art 99 Constitución).

El **cese** del Presidente tiene lugar, por fallecimiento o dimisión del mismo, por expiración del mandato parlamentario y por pérdida de la confianza parlamentaria. Esta se produce en dos supuestos:

- a) Cuando el propio Presidente plantea ante el Congreso de los Diputados una **cuestión de confianza** sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entiende otorgada cuando vote a su favor la mayoría simple de los Diputados; si dicha mayoría no se alcanza, la cuestión de confianza se entenderá derrotada y el Presidente deberá presentar su dimisión al Rey (arts 112 y 114 Constitución).
- b) La confianza se pierde asimismo cuando prospera la **moción de censura**. Esta debe proponerse al menos por la décima parte de los Diputados y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno. Tras el debate, si la moción de censura y el candidato propuesto obtienen la mayoría absoluta de la Cámara, el Presidente censurado cesará en su cargo y quedará automáticamente investido el candidato propuesto en la moción (art 113 Constitución).

La constitución resume las funciones del Presidente del Gobierno diciendo que *el Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo*. Completando este texto, la Ley del Gobierno le atribuye las funciones siguientes:

- La representación del Gobierno.
- Establecer el programa político y las directrices de la política interior y exterior.
- Proponer al Rey la disolución de las Cortes generales.
- Plantear ante el Congreso la cuestión de confianza.
- Convocar, presidir y fijar el orden del día de las reuniones del Consejo Ministros.
- Refrendar los actos del Rey y presentarle para su sanción las leyes.
- Crear, modificar, suprimir los Departamentos Ministeriales.
- Resolver los conflictos de atribuciones entre los Ministerios.
- Impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno.

La responsabilidad penal del Presidente y la de los demás miembros del Gobierno será exigible, según la Constitución, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no siendo aplicable la prerrogativa de gracia.

En materia de incompatibilidades, el art 98.3 Constitución establece que los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.

B) Los Vicepresidentes

A ellos se refiere el art 98 de la Constitución y deja claro el carácter potestativo de su creación. La Ley del Gobierno establece que les corresponderán las funciones que les encomiende el Presidente, precisando que el Vicepresidente que asuma la titularidad de un Departamento ministerial tendrá, además, la condición de

Ministro.

3.- DEPARTAMENTOS MINISTERIALES Y MINISTROS

Bajo la autoridad del Gobierno, la Administración Central del Estado se organiza en Ministerios, unidades especializadas en grandes áreas de acción política y gestión administrativa, en los que se integran las Direcciones Generales, órganos, a su vez, especializados en gestión administrativa sectorial.

Como antecedente de los actuales Ministerios suelen citarse las Secretarías de Despacho del Antiguo Régimen, denominación que también recibirán en nuestra futura Constitución de Cádiz. En todo caso es Napoleón a quien se atribuye la paternidad de la actual estructura ministerial, que traslada a la Administración civil la organización militar en el sentido de que los Ministros no son simples supervisores de servicios sino que se responsabilizan totalmente de ellos.

En el transcurso del siglo XIX se irá afianzando la estructura departamental, que sustituirá totalmente a los Consejos Reales, aumentando asimismo el número de Ministerios, siendo diversas las explicaciones ofrecidas sobre las causas del aumento de los Ministerios: por un lado, es consecuencia del creciente intervencionismo de la Administración; por otro, en los regímenes parlamentarios la proliferación ministerial tiene también como causa estrictas razones políticas.

La creación de Ministerios es, unas veces, creación *ex novo* y otras se origina por desdoblamiento de anteriores Ministerios. Lo normal es que al frente de cada Ministerio esté un Ministro. Sin embargo es frecuente la figura del **Ministro sin cartera**, es decir, miembro del Consejo de Ministros sin departamento ministerial propio. Es una figura que se crea por la necesidad de incorporar al Gobierno a personas que aseguren el apoyo de determinados partidos o grupos políticos.

A ellos se refieren los arts 8 a 13 LOFAGE.

La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencias se establecerá por Real Decreto del Presidente del Gobierno (art 8.2).

Los Ministerios cuentan, en todo caso, con una Subsecretaría y, dependiendo de ella, de una Secretaría General Técnica para la gestión de los servicios comunes. Pero la estructura básica son las Direcciones Generales, aunque pueden existir Secretarías de Estado y Secretarías Generales. Las Direcciones Generales son órganos de gestión de un área determinada, que se organizan en Subdirecciones Generales para la distribución y la realización de las actividades que le son propias (art 9).

Todos estos órganos se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado. Los órganos inferiores a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por Orden del Ministro, y las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo (art 10).

El mando superior del Ministerio corresponde al Ministro, jefe superior del Departamento. Los órganos directivos se ordenan jerárquicamente de la siguiente forma: Subsecretario, Director General y Subdirector General (art 11).

En cuanto a las **competencias** de los Ministros, vienen enumeradas en el art 12 y son, entre otras, las siguientes:

- Las atribuciones que les corresponden como miembros del Gobierno.
- Dirigir los sectores de actividad propios de su Ministerio, ejerciendo la potestad reglamentaria, fijando los

objetivos y los planes de actuación del Ministerio y asignando los recursos para su ejecución.

- Nombrar y separar a los titulares de los órganos directivos del Ministerio.
- Mantener las relaciones con las CC.AA.
- Resolver los recursos que se interpongan contra resoluciones de sus órganos y los conflictos de atribuciones entre ellos o entre ellos y otros Ministerios.

Finalmente, el art 13, bajo la rúbrica de *otras competencias de los Ministros*, contiene una enumeración de competencias de los Ministros de muy diverso tipo, desde competencias de índole económica hasta competencias en materia de recursos humanos, conteniendo el último apartado *–cualesquiera otras competencias que les atribuya la legislación en vigor–* una competencia de carácter residual.

4.- SECRETARIOS DE ESTADO

Se trata de un órgano copiado de otro de igual denominación de la Administración francesa. En Francia, en efecto, los Secretarios de Estado constituyen una de las tres clases, concretamente la inferior, en que se clasifican los Ministros: Ministros de Estado, Ministros y Secretarios de Estado. Tienen un rango inferior a los Ministros y se encuentran subordinados a ellos. No ostentan poderes propios, sino delegados del Ministro de que dependen, o los que se especifiquen en el Decreto de nombramiento.

En términos similares el Real Decreto 1558/1977, de 4 de Julio, que introduce la figura del Secretario de Estado en nuestra Administración lo califica como órgano *intermedio entre el Ministro y el Subsecretario*. Como aquéllos, los Secretarios de Estado pueden asistir, con voz pero sin voto, a las reuniones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas, para informar cuando sean convocados.

La figura de los Secretarios de Estado fue consagrada definitivamente por la LOFAGE y por la Ley del Gobierno, las cuales permiten afirmar que se ha creado un nuevo escalón en la jerarquía administrativa, que sirve mayormente para unificar dentro de los Ministerios el mando en algunas áreas concretas, que precisaban un centro directivo superior a la Dirección General, o bien la creación de un nuevo Ministerio.

Viene regulados en el art 14 LOFAGE, que señala que *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*.

Recoge a continuación el citado art 14 una enumeración de sus competencias:

- Ejercer las competencias sobre el sector de actividad administrativa asignado que le atribuya la norma de creación del órgano o las que les delegue el Ministro.
- Impulsar la consecución de los objetivos marcados, controlando la actividad de los órganos adscritos.
- Nombrar y separar a los Subdirectores Generales de la Secretaría de Estado.
- Mantener las relaciones con las CC.AA. competentes por razón de la materia.
- Celebrar los contratos relativos a asuntos de la Secretaría de Estado.
- Resolver recursos y conflictos de atribuciones entre órganos dependientes.
- Cualesquiera otras competencias que les atribuya la legislación en vigor.

5.- COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO

La Exposición de Motivos de la LRJAE de 1957 justificó la creación de las Comisiones Delegadas del Gobierno en la necesidad de facilitar el estudio y las deliberaciones de algunos problemas que afectan a varios Ministerios. Son como Consejos de Ministros reducidos y se rigen por las mismas reglas, entre ellas la del secreto, recogida expresamente en el art 6 Ley del Gobierno.

Corresponden a las Comisiones Delegadas, de acuerdo con el citado art 6:

- Examinar las cuestiones que tengan relación con varios de los Ministerios que integren la Comisión.
- Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta para su debate en el Consejo de Ministros.
- Resolver las cuestiones que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros.
- Ejercer cualquiera otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.

Su creación, modificación y supresión será acordada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno, que deberá especificar el miembro del Gobierno que asume la presidencia de la Comisión, los miembros que la integran y las funciones que se le atribuyen.

6.- SUBSECRETARIOS Y SECRETARIOS GENERALES

La figura del **Subsecretario** aparece ya en un Real Decreto de 1834 con las modestas funciones de la firma, por orden del Ministro, de todas las comunicaciones preparatorias de la instrucción de expedientes y la notificación a los interesados de las resoluciones definitivas. Evolucionaría después hasta convertirse en la segunda autoridad del Ministerio. La LRJAE reguló la figura del Subsecretario con carácter general, estableciendo que sería nombrado y separado de su cargo por el Consejo de Ministros y atribuyéndole, entre otras, las funciones siguientes:

- La representación del Departamento por delegación del Ministro.
- Labores de asesoramiento jurídico, control e inspección de los servicios.
- La jefatura de personal y la disciplina funcionarial.

Este esquema de competencias se mantiene en la actualidad, si bien se potencia su labor de *staff* al asignársele tareas de apoyo a la planificación de la actividad del Ministerio.

La figura viene recogida en el art 15 LOFAGE, que contiene una enumeración de sus competencias y una novedad importante: su nombramiento –por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio– se deberá realizar entre funcionarios de carrera a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

Las citadas competencias son, entre otras, las siguientes:

- Apoyo en la planificación de la actividad del Ministerio.
- Establecer programas de inspección de los servicios del Ministerio.

- Proponer medidas de organización del Ministerio y dirigir el funcionamiento de los servicios comunes.
- La jefatura de personal del Ministerio.
- Asesoramiento jurídico al Ministerio.
- Dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica.
- Cualesquiera otras que le atribuya la legislación en vigor.

La figura del **Secretario General**, que se admite con carácter excepcional si así lo prevén las normas que regulan la estructura de un Ministerio, tiene en común con la del Subsecretario la categoría y a los requisitos para el nombramiento. Sin embargo, se asemeja al Secretario de Estado por cuanto ejerce competencias propias de éste sobre un determinado sector de actividad administrativa. Viene recogida en el art 16 LOFAGE.

7.- DIRECCIONES GENERALES Y SECRETARÍAS GENERALES TÉCNICAS

Las **Direcciones Generales** son los *órganos directivos encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio. A tal efecto, les corresponde:*

- a) Proponer los proyectos de su Dirección General para alcanzar los objetivos establecidos por el Ministro, dirigir su ejecución y controlar su adecuado cumplimiento.*
- b) Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección General y las que le sean desconcentradas o delegadas.*
- c) Proponer, en los restantes casos, al Ministro o al titular del órgano del que dependa, la resolución que estime procedente sobre asuntos que afectan al órgano directivo.*
- d) Impulsar y supervisar las actividades que forman parte de la gestión ordinaria del órgano directivo y velar por el buen funcionamiento de los órganos y unidades dependientes y del personal integrado en los mismos.*
- e) Las demás atribuciones que le confieran las leyes y reglamentos. (art 18.1 LOFAGE).*

Los Directores Generales son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento, de acuerdo con criterios de competencia profesional y entre funcionarios de carrera para los que se exija para el ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, que su titular no reúna la condición de funcionario (art 18.2 LOFAGE).

Los Directores Generales mandan sobre los **Subdirectores Generales**, que son, bajo la supervisión de aquéllos, los responsables inmediatos de aquellos proyectos, objetivos o actividades que les sean asignados, así como de la gestión ordinaria de los asuntos competencia de la Subdirección General. Se nombran y cesan por el Ministro o Secretario de Estado del que dependan.

Las **Secretarías Generales Técnicas**, que nacieron como órganos de estudio y planificación al servicio de todos los órganos del Departamento, se han colocado ahora bajo la inmediata dependencia del Subsecretario para desarrollar 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. El art 20 LOFAGE contiene una enumeración de las tareas que corresponden a los servicios comunes. Entre ellas están: el asesoramiento, el apoyo técnico y, en su caso, la gestión directa en relación con las funciones de

planificación, programación y de presupuestos, cooperación internacional, acción en el exterior, organización y recursos humanos, sistemas de información y comunicación, producción normativa, asistencia jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales, control e inspección de los servicios, estadísticas y publicaciones.

Los Secretarios Generales Técnicos tienen categoría de Director General y son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento, de acuerdo con criterios de competencia profesional y entre funcionarios de carrera para los que se exija para el ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente (art 17 LOFAGE).

8.- LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO

Para que la acción política y administrativa llegue a todo el territorio nacional, el Estado necesita de 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 con capitalidades diversas donde los órganos periféricos establecen su sede.

La más importante división territorial es la Provincial. Sus orígenes se remontan a la Constitución de Cádiz. Pero la división no se dará efectivamente hasta el Real Decreto de 30/11/1833, obra de Javier de Burgos, que dividió España en 49 provincias, a las que se añadieron por Real Decreto de 27/09/1927 las dos provincias en las que se dividieron las Islas Canarias (Tenerife y Gran Canaria).

Sobre las provincias y con ese ámbito competencial se establecieron los más importantes órganos estatales periféricos: el Gobernador civil y las Delegaciones de los Ministerios y también, en ocasiones, de sus Direcciones Generales u Organismos autónomos. Sin embargo, la demarcación provincial se estimó insuficiente para determinados sectores de la Administración. Así se creó un nivel de Administración periférica supraprovincial del que son ejemplo las Jefaturas Mineras, de ámbito regional, las Audiencias Territoriales en la Administración de Justicia o las Capitanías Generales en la Militar. Pero también aparecieron órganos infraprovinciales con nivel de competencias inferior, como los Partidos Judiciales.

El Estado centralista del siglo XIX quiso llevar la presencia de la Administración del Estado hasta el último de los Municipios. Para ello, creó la fórmula del doble carácter del Alcalde, por la cuál éste era Presidente del Ayuntamiento y representante del Estado en el Municipio. De esta forma, los Alcaldes actuaban como agentes de la Administración del Estado.

La Constitución de 1978, por su parte, con la creación de las CC.AA. y la proclamación de la autonomía municipal ha supuesto la introducción de importantes cambios en la Administración periférica del Estado:

- Por un lado, el nivel regional se ha visto potenciado con la figura del Delegado del Gobierno en las CC.AA. creada por el art 154 Constitución, para dirigir la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma y coordinarla con la Administración propia de cada Comunidad.
- Por otra parte, algunas Delegaciones Ministeriales y de otros organismos estatales han sido traspasados en todo o en parte a las CC.AA., creándose así en las provincias una Administración periférica autonómica en paralelo con la estatal integrada ahora por el Subdelegado del Gobierno y lo que queda de las Delegaciones Provinciales.

9.- DELEGACIONES DEL GOBIERNO EN LAS CC. AA.

La previsión del art 154 Constitución 1978 sobre la figura del Delegado del Gobierno en las CC.AA., y la creación de éstas ha traído la instauración de un nuevo nivel de Administración periférica del Estado, superior al provincial y que tiene por misión dirigir y coordinar la Administración civil del Estado en el ámbito de la

Comunidad Autónoma, conforme a las directrices del Gobierno.

Como cabeza de esta nueva demarcación de la Administración periférica, el Delegado del Gobierno se configura como una especie de Supergobernador que ostenta la representación del Gobierno en el territorio de la Comunidad Autónoma y ejerce su superior autoridad sobre los Gobernadores civiles, ahora denominados Subdelegados del Gobierno, y sobre todos los órganos de la Administración civil del Estado en el territorio autonómico.

A ellos les dedica la LOFAGE los arts 22 y ss.

Los Delegados del Gobierno 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, al Ministro del Interior las instrucciones relativas a las libertades públicas y seguridad ciudadana y a los demás Ministros en sus respectivas áreas.

Son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno. En caso de vacante, ausencia o enfermedad será suplido por el Subdelegado de la provincia donde tenga su sede, salvo que designe a otro Subdelegado.

El Delegado del Gobierno nombra a los Subdelegados en las provincias y coordina, como superior jerárquico la actividad de aquéllos.

Los arts 22 y ss LOFAGE tratan de las competencias de los Delegados del Gobierno. Entre ellas están las siguientes:

- La misión más importante del Delegado del Gobierno es la de 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, bajo la dependencia funcional del Ministerio del Interior.
- Le corresponde velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado y por la correcta aplicación de su normativa.
- Le corresponde mantener las necesarias relaciones de cooperación y coordinación entre la Administración General del Estado y las de la Comunidad Autónoma y de las Entidades locales. Sin embargo, la experiencia de estos años demuestra que las autoridades autonómicas se relacionan directamente con los Ministros o el Presidente del Gobierno, dejando de lado al Delegado del Gobierno.

El art 28 LOFAGE contempla una **Comisión territorial de asistencia** al Delegado del Gobierno, la cual, presidida por el Delegado e integrada por los Subdelegados de las provincias comprendidas en la Comunidad Autónoma, desarrollará funciones de apoyo y asesoramiento al Delegado.

Análogas funciones para los Delegados del Gobierno en Comunidades uniprovinciales y para los Subdelegados del Gobierno en las provincias, desarrollarán las Comisiones de asistencia creadas por Real Decreto de 1/08/1997.

10.- SUBDELEGADOS DEL GOBIERNO

La figura del Gobernador civil ha sido la pieza más relevante de la Administración periférica hasta la Constitución de 1978, la cual, con la creación del Delegado del Gobierno, le resta una parte de su importancia, y la LOFAGE, por su parte, sustituye su nombre por el de Subdelegado del Gobierno.

Como otras instituciones administrativas, el Gobernador civil es copia de una institución francesa: el Prefecto, de creación napoleónica, importada el siglo XIX. A lo largo del siglo XIX la figura va evolucionando desde la Constitución de Bayona –con el nombre de Prefecto–, pasando por la Constitución de Cádiz –con el nombre de Jefe Superior y el mando de una provincia– hasta la Instrucción a los Subdelegados de Fomento de Javier de Burgos de 1833, donde vuelve a aparecer en su configuración reciente.

La LOFAGE pone un énfasis especial en la subordinación del Subdelegado del Gobierno al Delegado al precisar que *en cada provincia y bajo la dependencia del Delegado del Gobierno en la respectiva Comunidad Autónoma, existirá un Subdelegado del Gobierno, que será nombrado por aquél por el procedimiento de libre designación* (art 29).

En las CC.AA. uniprovinciales el Delegado del Gobierno asumirá las competencias que la Ley establece para los Subdelegados del Gobierno en las provincias. En las demás les corresponden las mismas funciones que a los Delegados del Gobierno en las CC.AA., es decir (art 29.2 LOFAGE):

- a) Dirigir los servicios integrados de la Administración General del Estado, de acuerdo con las instrucciones del Delegado del Gobierno.
- b) Impulsar, supervisar e inspeccionar los servicios no integrados.
- c) Desempeñar funciones de comunicación, colaboración y cooperación con las Corporaciones locales.
- d) Mantener relaciones de comunicación, colaboración y cooperación con la Administración de la Comunidad Autónoma respectiva.
- e) Ejercer las competencias sancionadoras que se les atribuyan normativamente.

Finalmente, en las provincias en las que no radique la sede de las Delegaciones del Gobierno, al Subdelegado, bajo la supervisión del Delegado, le compete la protección civil en el ámbito de la provincia y la protección de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana, a cuyo efecto dirige las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la provincia (art 29.3 LOFAGE).

En las islas que reglamentariamente se determine existirá un **Director Insular de la Administración General del Estado**, nombrado por el Delegado del Gobierno de igual forma que los Subdelegados para las provincias, que ejerce idénticas competencias que éstos en su ámbito territorial (art 30 LOFAGE).

TEMA 6.– LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

1.– NIVELES DE ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL

Sobre un mismo territorio pueden establecerse una o varias Administraciones Públicas. Nada se opone, en principio, a que una sola organización, la Administración del Estado actúe sobre todo el territorio y se ocupe por medio de sus agentes de los asuntos que hoy se llaman locales. Esta era la situación con anterioridad a la Revolución francesa, donde muchos pueblos ni siquiera tenían Ayuntamiento.

De esta situación se ha pasado, en menos de dos siglos, a aceptar la posibilidad de que sobre un mismo territorio y sobre unos mismos ciudadanos incidan, actúen o tengan jurisdicción hasta 6 Administraciones territoriales que se van superponiendo de menor a mayor ámbito territorial y de competencias, formando una especie de pirámide.

Esta superposición de Administraciones territoriales, irracional y muy costosa, es fruto del hecho de que la creación de nuevas Administraciones no ha sido seguida de la supresión de otras. Por eso ese fenómeno de

crecimiento de organizaciones públicas sólo se explica analizando los orígenes modernos 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

Si en España hay hoy más de 8.000 municipios y en Francia más de 36.000, son excesivos porque proyectan una primera división territorial irracional y costosa para el establecimiento de servicios públicos de primer escalón, es porque en los orígenes del Estado moderno se terminó por definir el municipio en función de un mínimo de población en lugar de en un mínimo de territorio.

Como afirma Roussillon, el municipio prerrevolucionario aparece como un hecho urbano, no rural. Una organización administrativa dotada de privilegios públicos, de potestades de gobierno sólo existe en las villas y no en el campo. Esta realidad discriminatoria contra los núcleos de población campesinos fue vista como un privilegio incompatible con la idea de igualdad que la Revolución Francesa postulaba y que llevó a la abolición de todos los privilegios, incluyendo los privilegios de villas y comunidades de habitantes.

Los antecedentes doctrinales se orientaron claramente a favor de definir el municipio conforme a un criterio territorial y poblacional, que llevase a municipalidades de ciertas dimensiones.

Fruto de estas doctrinas es la concepción del *gran municipio* que se defiende en la memoria y Proyecto de Ley, que en nombre del Comité de Constitución, defendió Thouret en la Asamblea Nacional en 1789 y cuyo art 2 disponía que: *cada departamento será dividido en nuevas divisiones de 36 leguas cuadradas de superficie*. Estas divisiones determinarán el número de municipios. Por debajo de ese *gran municipio* no se contempló ninguna otra organización formalmente independiente pero sí la creación de una especie de Administración municipal desconcentrada (*habría en cada villa, barrio o parroquia una oficina municipal para regir los bienes comunales y atender las necesidades locales*). Estas oficinas dependerían de la Asamblea Municipal y estarían subordinadas al Alcalde.

En la memoria de Thouret se criticaba el pequeño municipio rural por su predisposición a ser "caciqueado" por los señores, los clérigos y algunos notables, peligro que no existiría en el gran municipio porque "el único medio de emancipar la autoridad municipal es la de distribuirla sobre grandes masas". También sostenía que esos grandes municipios serían una buena escuela de administración y de formación del espíritu de servicio público.

Frente a esta argumentación se adujo que el *gran municipio* implicaba el establecimiento de su sede o capital en una villa con lo que la parte del territorio municipal más pobre, las zonas rurales, serían subyugadas y víctimas de la más rica. Así, Mirabeau atacaba el proyecto diciendo: *nosotros hemos atacado todo género de aristocracia; aquélla que podrían ejercer las villas sobre el campo no sería menos peligrosa*.

Finalmente, esta tesis fue la que triunfó y el 12 de noviembre de 1789, la Asamblea abandonaba el Proyecto de Thouret y a propuesta de su Presidente, aprobó la proposición de que habría una municipalidad, es decir, que se estableció un Municipio, una organización administrativa independiente, sobre cualquier núcleo de población por mínimo o reducido que fuese.

3.- Generalización, uniformismo y prevalencia del criterio demográfico sobre el territorial en el municipalismo español. Excepc

Los padres del constitucionalismo español no se plantearon, como los franceses, la problemática de la estructura municipal. Así describía la situación Martínez Marina en 1813: *en España había pueblos que no tenían organización alguna, mientras que otros tenían su Ayuntamiento; ciudades que tienen derecho a mandar un Procurador a las Cortes y otras que no lo tenían; y en líneas generales, cada comunidad local*

tiene un régimen jurídico diferente.

La fórmula constitucional que se propone contra este desorden es la generalización de un régimen uniforme de organización municipal. Aplicando esta teoría, el art 310 de la Constitución dispuso que *se pondrá un Ayuntamiento en los pueblos que no lo tengan y en que convenga que lo haya, no pudiendo dejar de haberlo cuando haya mas de 1.000 almas y también se les señalará término correspondiente.*

Esta fórmula parece inspirada en la que aprobó la Asamblea Constituyente Francesa en 1789, por la que todo núcleo de población tiene derecho a erigirse en pueblo, con independencia de su población o territorio. Así se desprende de la Legislación posterior de desarrollo que atribuye a las Diputaciones Provinciales la tarea de crear y suprimir municipios. En este sentido, la Ley de 3/02/1835 estableció como criterio para la supresión de un municipio, el de cortedad del vecindario, entendiéndolo así cuando no excedan de 50 vecinos. Por su parte, el Real Decreto de 23/07/1835, sobre Arreglo provisional de los Ayuntamientos del Reino, reconoce el derecho a tener Ayuntamiento propio a los núcleos "*siempre que su población llegue a los 100 vecinos*".

La fijación de un número de habitantes tan exiguo resultaba un problema en algunas Zonas, constituidas por pequeños núcleos con escasas distancias entre ellos, como ocurre en Galicia y otras regiones. Para estos casos, el Real Decreto sobre Arreglo estableció que *si la población estuviese dispersa y sin centro de reunión () se marcará el territorio correspondiente a cada Ayuntamiento, que no deberá exceder de 4 leguas de cuadro, ni de una población de 500 vecinos*. De esta forma se permitió definir municipios en función de una determinada extensión territorial, lo que evitó su multiplicación incontrolada como en Francia.

4.- Centralismo revolucionario y división departamental y provincial

El territorio juega un papel determinante en la configuración del Departamento francés y la provincia española, que sigue fielmente los pasos de aquél. Los Departamentos franceses fueron creados por una Ley de 22/12/1789, cuyo art 1 dispuso que, en sustitución de las provincias, *se hará una nueva división del Reino en Departamentos*. El criterio adoptado fue que la división territorial permitiera acercar la Administración a los administrados.

El Departamento, en principio, es una creación artificial que no se apoya en una muy definida comunidad de intereses más allá de los que pueden existir por la convivencia sobre un mismo territorio. No existe, inicialmente, un patriotismo departamental. Tampoco se da una pura división geométrica del territorio; la propuesta de Thouret de dividir el territorio nacional cuadriculándolo fue rechazada tras una intervención de Mirabeau. Esto permitió dulcificar la rigidez geométrica de la propuesta de división y tener en cuenta las particularidades que el elemento humano de la solidaridad había forjado a lo largo de los siglos.

En España es clara la influencia de este modelo departamental, recibándose aquí en la versión napoleónica. Primero por obra de José Bonaparte, que dividió España en 38 departamentos, que después denominó Prefecturas y cada una de ellas en 3 Subprefecturas. Las Cortes de Cádiz asumirán después este esquema departamental francés, aquí denominado provincial.

Dicho esquema provincial se completará en la Constitución al regular el Gobierno político de las provincias y las Diputaciones provinciales. En este sentido, se estableció que el Gobierno político de éstas residiría en el Jefe Superior, nombrado por el Rey, y que en cada una de ellas habría una Diputación provincial para promover su prosperidad. Las funciones que inicialmente se atribuyeron a las Diputaciones provinciales eran tales como: reparto de contribuciones, obras de utilidad provincial, etc. Con esta división provincial se perseguían fines de uniformidad organizativa y refuerzo de la conciencia nacional española.

Cumpliendo el mandato constitucional, la división provincial se estableció por primera vez por Decreto de las Cortes de 27/01/1822, que crea 42 provincias. La crisis de la Constitución de Cádiz provocó la inoperancia de esta división, pero por Decreto del Gobierno de 30/11/1833 se aprueba la división provincial definitiva debida

a Javier de Burgos. Esta 2ª división es más respetuosa con los términos o límites históricos puesto que se parte de la composición de los antiguos reinos, dividiéndolos en más o menos provincias, según su extensión; además, se respetan los límites interregionales y los enclaves históricos de unos reinos en otros. Por fin, por Real Decreto de 21/09/1927 se divide la provincia de Canarias en dos con lo que se totalizó el número de 50 provincias.

La provincia fue afirmándose a lo largo de los siglos XIX y XX en el doble carácter, que ya estaba en sus orígenes, de división territorial del Estado y Corporación Local.

Como división territorial del Estado, en la capital de la provincia se fueron asentando las sedes de los organismos del Estado (Gobiernos civiles, Delegaciones ministeriales).

Como Corporación Local, la provincia fue destacándose paulatinamente sobre la base de diferenciar los intereses provinciales de los municipales o los estatales, materializándose en la gestión de determinados servicios públicos, fundamentalmente de índole asistencial, benéfica y sanitaria y de suplencia de los municipios.

5.- Las frustraciones infraprovinciales: Parroquia y Comarca

La división provincial del Estado, y la configuración de la provincia como Ente Local, constituyeron un indiscutible éxito de modernidad contra el que se estrellaron diversos intentos involucionistas.

Un primer intento antiprovincial se dio en los inicios de La Revolución de 1868, en la que los partidos progresistas pretendían el restablecimiento de las divisiones históricas. También se intentó la supresión de la provincia con motivo de la elaboración del Proyecto de Constitución de la II República. Ambos intentos fracasaron hasta el punto de que la provincia salió constitucionalizada.

La consolidación de la provincia como Ente local fue aceptada y digerida por el conjunto de la Nación sin mayores problemas que los que suscitaban desde posiciones políticas dogmáticas sin trascendencia sobre la ordenación jurídico política. Tanto la división municipal como la provincial van a originar rechazos minoritarios desde los que se cuestionará permanentemente la estructura centralista del Estado liberal, que acabarán a la larga, por invertir toda la filosofía organizativa de aquél.

El rechazo de la provincia y de la estructura municipal liberal se tratará de justificar en la acusación de haber sido la causa de la ruina de otras colectividades territoriales como la parroquia, la comarca o el reino o región.

Sin embargo, el art 40 del Estatuto de Galicia autoriza hoy el reconocimiento por ley de personalidad a la parroquia rural. A imitación de este, el del Principado de Asturias ordena reconocer personalidad jurídica a la parroquia rural como forma de asentamiento de la población asturiana.

Otro de los puntos de ataque a la división territorial es la reivindicación de la comarca, que se presenta como una alternativa de división y organización territorial que habría de sustituir a la provincia.

El problema de la comarca ha tenido fundamentalmente importancia en Cataluña. En sustancia, la comarca en Cataluña surge a la luz del renacimiento cultural como una necesidad funcional del nacionalismo que cree que Cataluña gobernará mejor desde Barcelona sobre la base de una división territorial más peculiar y pequeña que la división provincial. En la medida que esta impide la comarcalización de Cataluña, la provincia será siempre un enemigo a abatir por el nacionalismo catalán.

El éxito de la comarca, ha sido, tras la Constitución de 1978 muy superior a ésta, y se explica en el art 141 Constitución, que ofrece la posibilidad de crear "*agrupaciones de municipios diferentes de la provincia*". Este reconocimiento constitucional, extensible lógicamente a todas las CC.AA., ha sido limitado por la LBRL de

1985, que ha dispuesto para todas las CC.AA., menos para Cataluña, una muy eficaz condición limitadora para su establecimiento como es la imposibilidad de crear la comarca si a ello se oponen expresamente las 2/5 partes de los municipios que debieran agruparse en ella, siempre que representen la mitad del censo electoral del territorio correspondiente.

El final va a ser el establecimiento de una organización supramunicipal e infraprovincial, la comarca, únicamente en Cataluña, proceso que inicia la Ley 6/1987, con la creación de 38 comarcas.

6.- La Frustración Regional

La división provincial de los liberales va a originar –aparte del pleito comarcal en Cataluña– otra frustración que se alimentará en parte de la nostalgia histórica de la organización territorial anterior a la Guerra de Sucesión y del Decreto de Nueva Planta de 1714 y, en parte, de las prédicas del doctrinarismo federal, que estuvieron a punto de alcanzar el objetivo, como ha quedado reflejado en la E.M. del Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873.

El art 1 de este Proyecto de Constitución Federal, después de la enumeración de los Estados (Asturias, Aragón, Canarias, etc.), dejaba la existencia de las provincias al libre albedrío de los Estados.

Sobre una tendencia del nacionalismo catalán a la eliminación a la división provincial y de las Diputaciones Provinciales se discutió y aprobó la Constitución de la Segunda República de 1931 definiéndola como "Un Estado integral, compatible con la autonomía de los municipios y las regiones". La provincia constitucionalizada tras los intentos de su eliminación, se define como una Entidad formada por la agrupación de municipios y destinada precisamente a ser el sujeto activo de la creación de las regiones.

La Constitución de 1931, desde la perspectiva del texto de 1978, sorprende su resistencia frente a las ideologías nacionalistas y fueristas y su moderada descentralización, como se desprende de los siguientes datos:

- No hay ninguna alusión a las naciones o nacionalidades del Estado español.
- No se dan facilidades para la constitución de las regiones.
- Los poderes de las regiones no son excesivos.

El modelo regional de 1931 no se aplicó más que en Cataluña, ya que los Estatutos de Vascongadas y Galicia no llegaron a tener vigencia real antes del comienzo real de la Guerra Civil. La cuestión del regionalismo, pues, siguió sin satisfacerse hasta que surgió con gran fuerza con ocasión 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 sin preocupación por la vertiente organizativa y administrativa de la cuestión. La discusión se centró en la amplitud de este concepto y en los riesgos sobre la unidad de España.

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 fija es el historicista.

Consecuencia directa del predominio del criterio historicista y la marginación del geográfico, demográfico y otros, es el actual mapa autonómico, desequilibrado desde el punto de vista de la extensión territorial, el número de su población y su economía. Entre las 17 CC.AA. que al final han resultado, las hay que

comprenden 8 provincias (Andalucía) y otras 7 de una sola (Asturias, etc.), y toda una gama de combinaciones intermedias.

8.- Los niveles territoriales facultativos

La LBRL de 1985 procederá en desarrollo del art 141.3 Constitución a establecer una enumeración y clasificación de las Entidades Locales Territoriales, distinguiendo, las de carácter forzoso o necesario por imperativos constitucionales (municipio, provincia, isla) de aquellas otras cuya creación se remite, a través de los condicionantes y procedimientos que la propia Ley expresa, a la Legislación autonómica y que son los siguientes:

Las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios. Su creación es posible, siempre que lo autoricen los Estatutos de la respectiva Comunidad Autónoma y que se agrupen en ella varios municipios cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito.

La iniciativa para su creación podrá partir de los propios municipios interesados, sin que puedan crearse salvo para Cataluña, si a ello se oponen expresamente las 2/5 partes de los municipios que representen la mitad del censo electoral del territorio correspondiente.

Las Áreas Metropolitanas, que la Ley define como las integradas por municipios de grandes vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras, se crean mediante Ley de las CC.AA., previa audiencia de la Administración del Estado, de los Ayuntamientos y Diputaciones afectadas. Dicha Ley deberá determinar su organización, régimen económico y de funcionamiento, garantizará la independencia de todos los municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas entre ellos.

Las Mancomunidades de Municipios surgen del derecho de asociarse con otros para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. Tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios.

El procedimiento de aprobación y modificación o supresión de los Estatutos de las Mancomunidades se determinará por la Legislación de las CC.AA.

Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipio para la administración descentralizada de núcleos de población separados, bajo la denominación de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, concejos, pedanías, etc.. Serán las leyes de las CC.AA. las que las regulen, respetándose las siguientes reglas:

- La iniciativa corresponderá 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.
- Los acuerdos sobre disposición de bienes, operaciones de crédito y expropiación forzosa deberán ser ratificados por el Ayuntamiento.

TEMA 7.- LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1.- EL ESTADO AUTONÓMICO

La Constitución de 1978 supone la instauración de un régimen democrático en que la soberanía se traslada

desde la Jefatura del Estado a unas Cortes integradas por representantes del pueblo y se consagra un sistema de derechos y libertades públicas. La Constitución de 1978 no sólo quiebra la Dictadura del régimen anterior sino que rompe la estructura organizativa del Estado. Se pretende una potenciación máxima del principio de autonomía que ha de dar como resultado una descentralización de todos los poderes en cualesquiera niveles.

Pero, sobre todo, es la autonomía territorial el gran principio que inspira la Constitución y que se desarrolla en dos vertientes: una la creación de nuevas colectividades territoriales, como las CC.AA., y otra, el establecimiento de la autonomía de los entes locales, rompiendo con la subordinación a la Administración del Estado.

Es necesario establecer las notas diferenciales del Estado de las Autonomías con los modelos de Estado federal y regional, ya que es unánime en la doctrina el rechazo a cualquiera de los dos. En este sentido, lo que singulariza al Estado autonómico es que la Constitución no enumera las CC.AA. que la componen, ni se establece un reparto igualitario de las competencias, ni todas las CC.AA. se constituyen simultáneamente.

Falta, en efecto, en primer lugar una enumeración de las CC.AA., sustituyéndose en la Constitución por la regulación de un procedimiento por el cual las provincias van a ser quienes configuren el mapa político, mediante las uniones con provincias limítrofes.

En cuanto a las competencias, la Constitución tampoco establece, como sucede en las Constituciones federales o regionales, un reparto de competencias. Lo que hace es establecer unas competencias que *podrán* asumir las CC.AA. y otras que se reserva en *exclusiva* el Estado. El resultado es una desigualdad atribución de competencias, a diferencia de los Estados federales y regionales, en los que son comunes para todos los Estados o regiones.

Por último, en un sistema federal, el momento del inicio de la vida de los Estados es simultáneo con el nacimiento de la federación y no es imaginable la posibilidad que consagró nuestra Constitución de distintas vías y momentos de acceso a la autonomía.

También la comparación entre el Estado de las Autonomías y el Estado regional de la Constitución de 1931 ofrece interés pues, en un principio todo parecía indicar que la Constitución post-franquista se iba a inspirar en ella. Pero no fue así y la Constitución de 1978 profundizó en la idea de la autonomía y superó los límites impuestos en la Constitución de 1931.

Un primer elemento de esa profundización y de diferencias con la Constitución de 1931 es la simplificación del procedimiento exigido para la constitución de las regiones autónomas.

Otro elemento diferenciador entre una y otra Constitución es el derecho de las provincias al retorno al régimen centralista, derecho que desaparece en la Constitución de 1978.

También son diferentes los criterios utilizados para el reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA. o Regiones. En la Constitución de 1931 se enumeran las competencias del Estado, correspondiendo a las regiones únicamente competencias en materias residuales que no enumera la Constitución. En la Constitución de 1978 se empieza por citar las competencias que las CC.AA. pueden tener en exclusiva para después citar las que tendrá el Estado.

Por último, diferente también es el sustrato ideológico de ambas Constituciones. En efecto, nada hay en el sistema del Estado de la II República que pueda considerarse como una corrección radical del Estado centralista decimonónico: la igualdad entre todas las provincias es absoluta y en ninguna parte se garantizan o respetan presuntos derechos históricos de algunas provincias españolas, cuestión que no aparece regulada, ni siquiera aludida, en la Constitución de 1931.

En cambio, el substrato ideológico que parece inspirar la Constitución de 1978 es intentar corregir el centralismo de inspiración francesa que vertebra todas las Constituciones españolas desde la de Cádiz de 1812. La Constitución de 1978 ofrece una visión pesimista y negativa sobre casi dos siglos de organización liberal del Estado y pretende dar una alternativa de división territorial y distribución de poderes inspirada en la situación del absolutismo ochocentista pre-liberal.

2.- EL PROCESO AUTONÓMICO

A) La fase preautonómica

El proceso autonómico se inició sin esperar a la promulgación de la Constitución, a través del restablecimiento de la Generalidad de Cataluña, por Decreto-Ley de 29/09/1977.

Orgánicamente el modelo preautonómico consistió en la creación de un órgano colegiado, denominado Junta, Consejo o Diputación, que asumía los máximos poderes y otro unipersonal, el Presidente nombrado por aquél y, por último, otro colegiado a modo de gobierno. Los contenidos competenciales de las preautonomías fueron modestos, atribuyéndoles funciones ejecutivas incluidas las reglamentarias.

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

La desigualdad que la Constitución consagra se traduce en aceptar dos clases de autonomías, la plena o máxima y la gradual que, lógicamente, dan lugar a diversos niveles competenciales. Estas dos clases de autonomía tampoco son uniformes, por lo que cabe distinguir los siguientes supuestos:

– Primero están las Comunidades que durante la vigencia de la Constitución de 1931 habían plebiscitado su Estatuto. Para éstas se articuló una vía de acceso a la autonomía plena que comenzaba con el acuerdo de su órgano preautonómico superior, la redacción de su Estatuto por una asamblea de sus parlamentarios, acuerdo con la Comisión Constitucional del Congreso, referéndum y ratificación de los Plenos de las dos Cámaras de las Cortes (disposición transitoria segunda).

Este fue el sistema seguido para la aprobación de los Estatutos catalán, vasco y gallego.

– El proceso más riguroso es el previsto en el art 151 Constitución. Dicho precepto exigía que la iniciativa autonómica fuera aprobada por las Diputaciones y por las 3/4 partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas, que representen al menos la mitad del censo electoral de cada una de ellas, y que dicha iniciativa fuera ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia, siguiéndose después los trámites análogos a los descritos para el supuesto anterior.

– Otra forma de acceso a la autonomía ha sido el proceso mixto de autonomía gradual, complementado con Ley Orgánica. Estas leyes orgánicas tendrían la virtualidad de extender hasta niveles superiores o plenos las competencias que corresponderían de seguir el procedimiento gradual regulado en los arts 143 y 146 Constitución, y sin esperar los 5 años previstos en el art 148.2. Este ha sido el proceso de aprobación de los Estatutos y creación de las CC.AA. de Valencia y Canarias.

– Para el acceso a la autonomía gradual (que permite alcanzar, transcurridos 5 años, la autonomía plena) los arts 143 y 146 Constitución diseñaron el procedimiento más sencillo, prescindiendo de cualquier tipo de consulta popular. La iniciativa del proceso se condiciona únicamente a la aprobación de las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y de las 2/3 partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mitad del censo electoral de cada provincia o isla. El proyecto de Estatuto sería, después, elaborado por una Asamblea compuesta por 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.

De todos los procesos expuestos, se ha liberado la Comunidad Autónoma de Navarra que, incluso, ha conseguido marginar la técnica estatutaria, alcanzando las máximas competencias a través de lo que se ha designado con la arcaica denominación de Amejoramiento del Fuero y que ha servido también para esquivar, al menos por el momento, la posible incorporación al País Vasco, prevista en el Estatuto de éste.

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

La igualación de competencias es un fenómeno consecuencia del aumento de las competencias de las CC.AA. de autonomía gradual, al conseguir la autonomía plena.

Esta igualación se ha llevado a efecto en virtud de los pactos autonómicos suscritos entre el PSOE y el PP en 1992, pactos que dieron lugar a la Ley Orgánica de 23/12/1992, por la que se transfiere a las CC.AA. de autonomía gradual aquellas competencias de titularidad estatal que permiten su igualación con las CC.AA. de autonomía plena. Obviamente, después de esa Ley de transferencia se produjo la reforma de sus Estatutos.

La reforma de los Estatutos está regulada en el art 147.3 Constitución, que se remite a lo en ellos previsto, requiriendo, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica. En general, los procedimientos previstos en los Estatutos de las Comunidades de autonomía gradual son muy sencillos, sin exigir la aprobación por referéndum popular. La iniciativa corresponde al Gobierno o al Parlamento autónomo, exigiéndose la aprobación de éste antes de su sanción por las Cortes Generales.

Para las CC.AA. de autonomía plena, que aprobaron sus Estatutos por la vía del art 151 Constitución, el art 152.2 preceptúa que su reforma exigirá el referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes, requisito anterior a la aprobación del proyecto de reforma por Ley Orgánica de las Cortes Generales. Los restantes trámites de reforma se establecen en los Estatutos respectivos.

No es previsible que se produzca una reforma de los Estatutos para alterar el mapa territorial, mediante la agregación o segregación de las provincias que actualmente componen cada Comunidad. Cualquier alteración de los límites territoriales requerirá sendos procesos de reforma de los Estatutos en las Comunidades afectadas y complejos arreglos para el reparto de las infraestructuras administrativas.

3.- LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La distribución de competencias en los tipos de Estado compuestos es la cuestión que encierra mayor complejidad. La Constitución de 1978 en lugar de aprovechar la técnica conocida y experimentada del Estado federal o regional optó por un sistema nuevo y original, con lo que la complejidad y confusión fueron mayores. Ello obligó a la intervención del Legislador (LOAPA –después Ley del Proceso Autonómico–) y del Tribunal Constitucional, con ocasión de los múltiples conflictos planteados.

El error fundamental es el no haber resuelto desde la propia Constitución, mediante las oportunas listas, cuáles son 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 de forma que cada Comunidad Autónoma asumiera las que deseara dentro de la "carta competencial" establecida por los arts. 148 y 149.

Vamos a analizar estos preceptos:

A) Las competencias del art 148

Este precepto enumera las competencias que las CC.AA pueden asumir a través de sus Estatutos. Para las Comunidades de autonomía plena estas competencias constituyen un mínimo, superable a través del art 149. Para las de autonomía gradual el art 148 suponía el máximo competencial, mejorable por la reforma de sus

Estatutos transcurridos 5 años desde su aprobación.

B) La lista de competencias del art 149

El art 149 enumera una serie de materias en principio competencia exclusiva del Estado. Por ello este precepto se ha considerado como el más fundamental, ya que ofrece el criterio más firme de delimitación que no puede ser alterado por contrarias previsiones estatutarias. A pesar de ello hay que hacer notar que las 32 materias que enumera no todas son atribuidas en exclusiva al Estado, aceptando en la mayor parte de ellas una competencia concurrente o compartida de las CC.AA.

C) Las cláusulas complementarias

Llamamos complementarias a las tres reglas que establece el art 149.3, tratando de cerrar el sistema a fin de que no queden competencias mostrencas, es decir, 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.*

La **segunda** de las reglas establecía que *la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos corresponderá al Estado.*

La **tercera** regla sobre conflictos forzaba a incluir en los Estatutos el mayor número de materias y a calificarlas de competencias exclusivas: *las normas del Estado prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las CC.AA. en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.*

El sistema del art 149.3 se cierra con la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal al Derecho de las CC.AA. (*el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las CC.AA.*).

Pero este esquema competencial no constituye un sistema inalterable y definitivo, pues el art 150 Constitución establece dos posibles formas extra-estatutarias de ampliación de las competencias:

- La primera, sobre competencias legislativas estatales que puede ser atribuida a todas o a algunas de las CC.AA. para que éstas dicten normas legislativas en el marco de las bases o directrices fijados por una ley estatal.
- La segunda es que el Estado podrá transferir o delegar, mediante Ley Orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.

D) Materias y funciones.

Los preceptos constitucionales de delimitación de competencias (arts 148 y 149 Constitución) hacen el reparto atendiendo a los objetos o materias (turismo, agricultura), pero sin delimitar qué públicas (legislativas, ejecutivas o judiciales) se pueden ejercitar sobre las mismas.

Sobre la atribución de la **función legislativa**, se ha discutido si correspondía solamente a las CC.AA. de autonomía plena o si todas la tenían. La tesis restrictiva se apoyaba en el art 152.1, que contempla solamente para las primeras la creación de una Asamblea Legislativa, deduciéndose que las CC.AA. de autonomía gradual no la podían crear y, por tanto, no podían tener la función legislativa. Pero esta discusión teórica ha sido superada y los Estatutos de CC.AA. de autonomía gradual han asumido competencias legislativas e incluido en su organización la correspondiente Asamblea Legislativa.

En cuanto a la posibilidad de **dictar Decretos Legislativos**, habrá que estar a lo contemplado en los

respectivos Estatutos pues unos admiten y otros no la posibilidad de que la Asamblea Legislativa faculte al ejecutivo autonómico para dictar por delegación normas con rango de ley. En todo caso, los ejecutivos autonómicos no pueden dictar Decretos-Leyes.

De todas formas, conviene precisar que las competencias ejecutivas encuentran su delimitación precisa en los acuerdos de transferencias entre el Estado y las CC.AA.

4.- LÍMITES

La medida real del autogobierno de las CC.AA. depende no sólo de la amplitud de competencias y funciones sino también de los límites que a su ejercicio se establezcan y de la naturaleza e intensidad de los controles a que se sujete su actividad. En punto a los límites, se pueden señalar como tales los principios de unidad, igualdad, solidaridad y libre circulación de personas y bienes, a los que se pueden añadir otras prohibiciones expresas como la de federarse las distintas CC.AA.

El **principio de unidad**: *la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles* (art 2 Constitución). Este principio ha sido enunciado de forma negativa por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 2/02/1981: *la Autonomía hace referencia a un poder limitado autonomía no es soberanía cada organización territorial es una parte del todo y en ningún caso puede oponerse el principio de autonomía al de unidad*.

El **principio de solidaridad**, que, además de su proclamación en el art 2 Constitución, se recoge en otros preceptos constitucionales y en algunos Estatutos.

El **principio de igualdad**, invocado en diversos preceptos constitucionales y muy especialmente en los arts 138 y 139. Estos dos preceptos pueden ser considerados como límites a la autonomía por cuanto señalan que *las diferencias entre los Estatutos de las CC.AA. no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos y sociales* (art 138) y que *todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado* (art 139).

Como una concreción del principio de igualdad puede entenderse el **principio de libertad de circulación de personas y bienes**. Su formulación como límite a la autonomía se hace en el art 139.2 Constitución en términos categóricos: *ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de los bienes en todo el territorio*. Por su parte, el art 157 se refiere a esto mismo cuando trata de la potestad tributaria de las CC.AA., prohibiendo que puedan adoptar medidas tributarias que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías y servicios.

También hay que incluir como una limitación a la autonomía las **limitaciones a la capacidad negocial** de las CC.AA. El art 145 Constitución comienza prohibiendo su federación y continúa admitiendo la celebración de convenios entre ellas para la gestión y prestación de servicios, con la correspondiente *comunicación* a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las CC.AA. necesitarán la *autorización* de las Cortes generales.

Por último, y dentro del capítulo de limitaciones, hay que consignar las que pueden suponer sobre la función legislativa de las CC.AA. las **leyes de armonización** previstas en el art 150.3 Constitución. En efecto, por razones de interés general, apreciado por mayoría absoluta de ambas Cámaras, el Estado 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 éstas.

5.- EL CONTROL

A) Clases:

El sistema de control de las CC.AA. está regulado en los arts 153, 155 y 161.2 Constitución, que lo circunscriben a los siguientes supuestos: Tribunal Constitucional; Gobierno; Jurisdicción Contencioso-Administrativa; Tribunal de Cuentas; Gobierno y Senado.

Al margen de estos controles puede entenderse que las CC.AA están también sujetas al que, como al resto de las Administraciones públicas, corresponde al Defensor del Pueblo, así como a los controles interiores a cargo de órganos de la propia Comunidad.

B) El control del Tribunal Constitucional

Dicho control cubre tanto las leyes autonómicas como las disposiciones de inferior rango y las resoluciones concretas. Como estas últimas también pueden impugnarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa nos encontramos ante una duplicidad impugnativa difícilmente justificable.

Por otra parte, la impugnación ha de fundamentarse, no en cualquier violación de la legalidad, sino de la normativa constitucional, produciendo la suspensión de la disposición recurrida (art 161.2 Constitución).

C) El control del Tribunal de Cuentas

La regulación del control por el Tribunal de Cuentas ha producido una notable confusión. De un lado, el art 136 Constitución al enumerar sus competencias sólo le atribuye jurisdicción sobre el Estado y el sector público estatal, pero de otra, el art 153 se refiere explícitamente al control económico y presupuestario que el Tribunal de Cuentas ha de ejercer sobre las CC.AA. Además, aumenta la confusión el hecho de que los Estatutos autonómicos hayan diseñado instituciones parecidas al Tribunal de Cuentas del Reino pero circunscritos al territorio de las CC.AA.

De todas formas, estas instituciones autonómicas de control no suponen una exclusión o reducción de la función del Tribunal de Cuentas del Reino sino que, incomprensiblemente, se superponen a él y actúan en paralelo. Unos y otros darán cuenta separada de sus actuaciones, bien en las Cortes Generales, bien en las Asambleas autonómicas, informes que podrán o no coincidir.

D) El Defensor del Pueblo

Se configura en el art 54 Constitución 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 dando cuenta a aquellas. Como este precepto no distingue, habrá que entender que se refiere tanto a la Administración del estado como a la de las CC.AA. Así lo reconoce, efectivamente, el art 12 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, de 6/04/1981.

Dentro de la línea de duplicar instituciones estatales, a través de los Estatutos, se han previsto instituciones parecidas en las CC.AA.. Los problemas que se ocasionan no sólo son los mayores gastos que resultan, sino también, y más grave, la posibilidad de que los resultados de las actuaciones de los defensores autonómicos del pueblo no coincidan con las del Defensor del Pueblo del Estado. Para resolver el problema, la Ley Orgánica establece que cuando el Defensor del Pueblo tenga que supervisar la actividad de las CC.AA. *los órganos similares de éstas coordinarán sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste podrá solicitarles su cooperación*. Pero lo que no aclara es qué sucedería en caso de una negativa a colaborar o en el caso de unos resultados contradictorios.

E) El control del Gobierno-Senado

Está previsto en el art 155 Constitución para los supuestos en que una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que le impusiere la Constitución u otras leyes, o actuare de forma que atente al interés general de España. El Gobierno en tales casos, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma, y en el caso de no ser atendido, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de sus obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

Resulta bastante vago el texto constitucional por cuanto no precisa el alcance preciso de las medidas necesarias y si se podría llegar hasta incluso la propia disolución de los órganos de la Comunidad infractora.

F) El Delegado del Gobierno y el deber de información

Para un correcto ejercicio de las facultades de control que tiene el Estado es necesario un conocimiento de la actividad de las CC.AA. La Constitución no ha establecido éste deber de forma específica, aunque puede entenderse implícito en algunos preceptos constitucionales como la calificación de exclusiva de la competencia del Estado en materia estadística.

Para suplir ésta laguna, la Ley del Proceso Autonómico ha establecido que el Gobierno y, en su caso, las Cortes Generales pueden recabar la información que precisen sobre las actividades que desarrollen en el ejercicio de sus competencias, lo que es utilizable por las Comunidades que, a su vez, pueden solicitar una información similar del Estado.

Resulta más difícil concretar las formas de desarrollo de ese deber y las medidas para asegurar su cumplimiento cuando falta la debida colaboración de las CC.AA. o del Estado respecto de éstas. Una de las utilizadas para el seguimiento de la marcha de un servicio es la creación de una Alta Inspección Técnica, que el Tribunal Constitucional ha declarado válido cuando existe una autorización constitucional o estatutaria.

La obtención de información y el deber de suministrarla, ha generado también la necesidad de crear o especializar determinados órganos en esta tarea. Así se ha creado una Comisión de seguimiento de las CC.AA. en el Ministerio de Administración Territorial, ahora Ministerio para las Administraciones Públicas, y se ha hecho del Delegado del Gobierno en las CC.AA. el máximo responsable de esta función.

6.- LA ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Constitución 1978 ha sido muy parca en materia organizativa autonómica. Se ha dejado una gran parte de la materia a regular por los Estatutos. El constituyente sólo se atrevió a establecer en el art 152 un esquema de organización que sería aplicable a las CC.AA. de autonomía plena, las del art 151, sin aludir a las de autonomía gradual del art 148. Pero las cosas discurrieron por el camino de reproducir las segundas al modelo establecido para las primeras.

La organización institucional autonómica, se basa en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente elegido por la Asamblea de entre sus miembros y nombrado por el Rey. Todos estos órganos están presentes en la organización de todas las CC.AA.

A) La Asamblea Legislativa o Parlamento

Según el común de los Estatutos, el régimen de éste organismo supremo de las CC.AA sigue las siguientes reglas:

- Todos los Parlamentos autónomos están constituidos por una sola Cámara, integrada por un número de miembros muy variable. Son elegidos conforme a la Legislación general electoral, que se entiende como

básica, salvo especialidades previstas en los Estatutos.

– La circunscripción electoral es, ordinariamente, la provincia, salvo en las Comunidades uniprovinciales, en que lo es el Partido judicial, o los municipios que se mencionan en los Estatutos. La elección se celebra mediante sufragio universal, libre, directo y secreto, y con arreglo a un sistema de representación proporcional.

– El derecho de sufragio activo se atribuye a los mayores de 18 años que tengan residencia en cualquiera de los municipios de la Comunidad. En cuanto al sufragio pasivo, los Estatutos no suelen tratar las causas de inelegibilidad ni de incompatibilidad.

Los miembros de los Parlamentos autonómicos tienen reconocido, en los mismos términos que los de las Cortes Generales, la inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su mandato. En cuanto a la inmunidad, los parlamentarios autonómicos sólo tienen una inmunidad parcial que se concreta en que no sean detenidos ni retenidos sino en casos de flagrante delito y un fuero especial consistente en que sólo pueden ser inculcados o procesados por el Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma y, fuera de ese ámbito territorial, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

– En virtud de los poderes de organización que los Estatutos reconocen a las Asambleas, se remite a los reglamentos internos de éstas todo lo relativo al régimen de su funcionamiento (presupuestos, régimen de personal, régimen de sesiones, órganos de la Asamblea, etc.).

– Las Asambleas autonómicas se disuelven por expiración del término de su mandato y además por la falta de designación del Presidente de la Comunidad en los términos 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, ostenta también la representación ordinaria del Estado y es designado por la Asamblea en los términos propios de los sistemas parlamentarios. Lo mismo sucede con su cese.

Las atribuciones del Presidente son las de designar y cesar a los miembros del Consejo de Gobierno, dirigirlo, coordinar sus actuaciones y, en general, 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 y disfruta de los honores correspondientes a su posición. En cuanto a sus derechos, además de los emolumentos, en algunas CC.AA. se les reconoce, como al Lendakari vasco, una pensión vitalicia tras el cese.

El Consejo de Gobierno reproduce normalmente el esquema del Consejo de Ministros y se le asignan las funciones propias de éste al nivel autonómico como las de iniciativa legislativa, ejercicio de la potestad reglamentaria, dirección política, control de la Administración, etc. El número de Consejeros es variable, y su nombramiento y cese dependen del Presidente. Tienen a su cargo una parte de la Administración Autonómica, ejerciendo en ella potestad reglamentaria y dirección administrativa.

Respecto al modelo de Administración, casi todas las CC.AA. han seguido el modelo estatal, con niveles central (Departamentos, Direcciones y Subdirecciones generales), periférico (Delegaciones provinciales de las Consejerías) e incluso institucional.

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

El nuevo modelo de organización territorial influye en determinadas instituciones. Vamos a referirnos a ellas:

A) El Senado

En los Estados federales la segunda Cámara se articula como una representación de los Estados miembros, como Cámara de representación territorial integrada por parlamentarios designados por aquéllos y con vocación, además, para entender de asuntos relacionados con la estructura federal.

La Constitución de 1978, también articula el Senado como una Cámara de representación territorial y así la define el art 69.1, integrando en ella a 4 senadores por provincia, 2 por Ceuta y Melilla, 1 senador más por cada una de las CC.AA. constituídas y otro más, en fin, por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. En cuanto a las atribuciones específicas del Senado como tal cámara territorial, son más bien escasas y se reducen a participar en la autorización de los convenios entre las CC.AA. y en el reparto del Fondo de Compensación Territorial (arts 145 y 158). Queda como función relevante, aunque excepcional, la prevista en el art 155, que exige la aprobación del Senado para que el Gobierno pueda adoptar las medidas necesarias para obligar a las CC.AA. al cumplimiento forzoso de sus obligaciones, o para proteger el interés general vulnerado por aquéllas.

B) Organización Judicial y Comunidades Autónomas:

Con salvaguarda del principio de unidad judicial e independencia del Poder Judicial, el art 152.1 Constitución dispuso que un Tribunal Superior de Justicia culminara la organización judicial en el ámbito territorial de las CC.AA. y asimismo que las sucesivas instancias procesales se agotaran, en su caso, ante los órganos radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que radique el órgano competente en primera instancia.

De la combinación de estos preceptos, ha surgido el sistema de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual es respetuosa con el principio de unidad judicial; pero al adaptarse a las exigencias del sistema autonómico, la deformidad y los desequilibrios autonómicos territoriales se proyectan sobre la Planta y organización de los Tribunales, sustituyéndose la división propia de las Audiencias Territoriales por la de los Tribunales Superiores de Justicia, que acomodan ahora su denominación y competencias al mapa autonómico.

Los arts 73 a 75 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial enumera las competencias del Tribunal Superior, que consta de Salas de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social.

8.- El Sistema Fiscal y Financiero

A) En los sistemas federales

Los sistemas federales han pasado de una fase inicial en la que el peso de los ingresos fiscales y de los gastos corresponden a los Estados miembros, a la situación actual en que es la Federación la protagonista de los mayores gastos y la que ostenta los mayores poderes de imposición y recaudación.

En el sistema norteamericano el fortalecimiento de la Hacienda federal ha sido consecuencia del reconocimiento a la Federación de un poder general de gasto, lo que le permite intervenir en sectores antes reservados a la responsabilidad de los Estados.

En los orígenes del federalismo germánico a los Estados correspondía la mayor parte de los tributos y el Imperio debía circunscribirse a los impuestos aduaneros y al tabaco. La situación empieza a cambiar con la Constitución de Weimar y en la actualidad con la Ley Fundamental de Bonn, tratando de superar la separación entre Hacienda de los Estados y hacienda federal, para llegar a un sistema unificado y centralizado en los ingresos, que afluyen al fondo común de la Federación y que después se reparten entre los Estados. Pero

formalmente las cosas todavía no son así, sino que hay impuestos reservados a la Federación (aduanas, monopolios fiscales), impuestos reservados a los Estados (capital, sucesiones, tráfico), e impuestos compartidos (renta, sociedades) que son los más importantes y en los que la mayor participación corresponde a la Federación.

B) La regulación constitucional y la L.O.F.C.A.

En términos generales, puede afirmarse que la Constitución Española se inspira en el federalismo alemán, en la regulación de la autonomía financiera que consagra el art 156 para el desarrollo y ejecución de las competencias autonómicas. La autonomía se entiende limitada por el principio de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.

La Constitución procede a continuación a enumerar los recursos de las CC.AA. y que cabe clasificar de ingresos propios, ingresos compartidos con el Estado e ingresos de nivelación (arts 157 y 158):

- Como ingresos propios hay que considerar los impuestos, tasas y contribuciones especiales, y otros.
- Como ingresos compartidos *los cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.*
- Como ingresos de nivelación, pueden incluirse: a) Las asignaciones que se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado; b) Los provenientes de un Fondo de Compensación Interterritorial para hacer efectivo el principio de solidaridad y con destino a gastos de inversión.

Tras la Constitución se dictó la Ley Orgánica de Financiación de las CC.AA. de 22/09/1980 (LOFCA), que hizo una regulación más precisa del sistema de financiación provisional durante el proceso de constitución de las CC.AA. y de transferencia de servicios, y sentó las bases para el sistema definitivo.

La financiación se hace en primer lugar a través de la participación de las CC.AA. en los impuestos estatales que se calcula a través de una complicada fórmula, de la que surge el porcentaje que corresponde a la participación que obtiene la Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado. Este sistema tiene el inconveniente de que otorga fuertes aumentos de dotaciones a las CC.AA., al corresponderles un porcentaje fijo sobre la recaudación fiscal del Estado., que crece cada año, pero sin la lógica contrapartida de una mayor participación de aquéllas en los mayores gastos estatales (desempleo, prestaciones sociales), que aumentan más que los ingresos fiscales.

En cuanto al **Fondo de Compensación Interterritorial**, se distribuye entre las CC.AA. en proporción directa a los índices de paro y migración de cada territorio y en proporción inversa a su nivel de renta, produciéndose fuertes desequilibrios. Pero, además, las dificultades del Fondo provienen de su rígida afectación a los gastos de inversión, que hace que las CC.AA. obtengan financiación para nuevos servicios pero sean después incapaces de realizar su mantenimiento.

C) El régimen privilegiado de Navarra y el País Vasco. El sistema de cupo

El régimen especial que disfrutaban estas CC.AA. tiene su origen en la condición de territorios exentos que disfrutaban en el Antiguo Régimen. En la actualidad su privilegio se funda en las previsiones de la Constitución sobre el respeto a los derechos históricos, recogidos en el Estatuto del País Vasco y en la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero de Navarra de 1982. Estas Comunidades recaudan todos los impuestos en su territorio 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 de cada una de las tres provincias, como contribución a todas las cargas del Estado que no asume la Comunidad Vasca. El cupo

se fija previo acuerdo de una Comisión Mixta de cupo, constituida, de una parte, por un representante de cada Diputación Foral y otros tantos del Gobierno Vasco y de otra, por un número igual de representantes de la Administración del Estado. La metodología para el señalamiento del cupo se fija por la Comisión quinquenalmente y se revisa anualmente.

TEMA 8.- EL MUNICIPIO Y LA PROVINCIA

1.- EL MUNICIPIO. CONCEPTO Y ELEMENTOS

La **LBRL de 1985** 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 propios de las correspondientes colectividades*» (art. 1.1), atribuyéndoles personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (art. 11).

Con la caracterización del municipio como entidad local básica se rinde todavía tributo a la concepción «naturalista» presente en nuestra más reciente legislación, en el sentido de considerarlo como asociación *natural* de personas y bienes.

La **concepción natural del municipio** no es, sin embargo, y pese a haber sido asumida por regímenes políticos muy diversos, una calificación desprovista de **consecuencias**. Si los **municipios son algo natural**, cualquier reforma de su estructura en términos globales se convierte en un atentado al orden preestablecido por la propia naturaleza, de lo que forzosamente se deriva una actitud de **respeto casi sagrado** a los municipios existentes y a la división territorial municipal que les sirve de soporte, **frenando ab initio** cualquier intento de **reestructuración global de la Administración local**. Es, pues, 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 de los que hayan de subsistir, y que facilite el establecimiento de servicios públicos rentables con reducción de los gastos generales de la Administración local.

Veremos ahora los **elementos** del municipio: el territorio (término municipal), la población y la organización.

2.- EL TÉRMINO MUNICIPAL

El **término municipal** se define por la Ley como **el territorio en el que el Ayuntamiento ejerce sus competencias**, para entrar, a seguidas, en la **regulación de la problemática** sobre la **creación o supresión de municipios** (arts. 12 y 13 de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985 y arts 2 a 12 del Texto Refundido de Régimen local -TRRL-, aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril).

La **LBRL sigue siendo tributaria** de esa **concepción natural del municipio**, de la intangibilidad de su número y extensión, lo que se traduce en no aceptar hipótesis de cambios totales sino simples reformas puntuales sobre algunos municipios a través de la modesta y limitada técnica de la alteración de términos municipales. Éstas pueden tener lugar con las condiciones y en los supuestos siguientes (**arts 3 a 8 TRRL**):

- En ningún caso la alteración de los términos municipales podrá suponer **modificación de los límites provinciales**. 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.
- La creación de nuevos municipios sólo puede hacerse sobre núcleos de población **territorialmente diferenciados**, 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 venían prestando.

– La incorporación de uno o más municipios a otro u otros limítrofes solamente podrá acordarse cuando se den notorios **motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa**.

– **La fusión de municipios limítrofes a fin de constituir uno solo podrá realizarse:**

- cuando separadamente carezcan de recursos suficientes para atender los servicios mínimos exigidos por la Ley.
- cuando se confundan sus núcleos urbanos como consecuencia del desarrollo urbanístico.

c) cuando existan notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa.

– **La segregación** de parte del territorio de **uno o varios municipios para constituir otro independiente** podrá realizarse cuando existan motivos permanentes de interés público, relacionados con la colonización interior, explotación de minas, instalación de nuevas industrias, creación de regadíos, obras públicas u otros análogos.

– **La segregación de parte del territorio de un municipio para agregarlo a otro limítrofe** sólo podrá realizarse cuando separadamente carezcan de los recursos suficientes para atender los servicios mínimos, o cuando se confundan sus núcleos urbanos como consecuencia del desarrollo urbanístico.

En cuando al **procedimiento**, y de acuerdo con el artículo 148 de la Constitución, se remite su regulación a las leyes autonómicas. En todo caso, la alteración de términos municipales exige:

- **La audiencia de los municipios interesados.**
- **Dictamen del Consejo de Estado o del Organo Consultivo Superior de las Comunidades Autónomas.**
- **Puesta en conocimiento de la Administración del Estado.**

Mientras en el Texto articulado de 1955 se exigía (art. 20) el acuerdo favorable y quórum especial de los municipios afectados y audiencias de los vecinos, en las leyes que dicten las Comunidades Autónomas se podrá prescindir de la voluntad de los municipios interesados, pues no se otorga carácter vinculante al informe de los Ayuntamientos afectados.

Sin embargo, en los supuestos de fusión o de incorporación **voluntaria** de municipios limítrofes, esa voluntad tiene una significación determinante a través de la necesaria propuesta que cuente con el voto favorable de las **dos terceras partes** del número de habitantes de hecho y, en todo caso, de la **mayoría absoluta** del número legal de miembros de los respectivos Ayuntamientos (**art. 9.2 TRRL**).

3.- LA POBLACIÓN MUNICIPAL

La **regulación de la población municipal** comienza por establecer la **obligación** de todo español o extranjero que viva en territorio español de **empadronarse** en el municipio que resida habitualmente, y si vive en varios, en aquel en que habite durante más tiempo al año; una obligación, sin embargo, que **no es objeto de sanción** directa, aunque sí de la indirecta que se puede derivar de la privación de los derechos que corresponden a cada una de las clases de habitantes.

Lo decisivo para adquirir la condición de vecino es el dato formal del empadronamiento. Cada ciudadano puede obtener el alta en el Padrón de un municipio, como vecino, sin más requisito que el de presentar el certificado de baja en el Padrón del Municipio donde hubiera residido anteriormente.

El Padrón se define como un registro administrativo donde constan los vecinos del municipio, atribuyendo carácter de documento público únicamente a las certificaciones que de los datos de aquél

se expidan.

En cuanto al alcance y finalidad del Padrón, sus datos constituyen prueba no sólo de la residencia en el municipio sino también del domicilio habitual en el mismo. Los datos que obligatoriamente deberán constar son (art 16 LBRL):

- nombre y apellidos;
- sexo;
- domicilio habitual;
- nacionalidad;
- lugar y fecha de nacimiento;
- número del documento nacional de identidad o, en caso de extranjeros, del documento que lo sustituya;
- certificado o título escolar o académico que se posea;
- y cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del Censo Electoral. Estos datos se cederán, incluso sin consentimiento del afectado, a otras Administraciones que lo soliciten cuando sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes.

En cuanto a los **derechos y obligaciones de los vecinos**, la LBRL lleva a cabo una enumeración que no pretende ser exhaustiva –pues remite a cualesquiera otros derechos y deberes que las leyes establezcan– especificándose, no obstante, los siguientes:

- a) Ser elector y elegible de acuerdo con lo dispuesto en la legislación electoral.
- b) Participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal.
- c) Utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales y acceder a los aprovechamientos comunales, conforme a las normas aplicables.
- d) Contribuir, mediante las prestaciones económicas y personales legalmente previstas, a la realización de las competencias municipales.
- e) Pedir la consulta popular en los términos establecidos en la Ley.
- f) Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir 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

La LBRL establece que ***el Gobierno y la Administración municipal salvo en aquellos municipios que legalmente funcionen en régimen de Concejo Abierto, corresponde al Ayuntamiento integrado por el Alcalde y los Concejales (art. 19).***

Como órganos de menor significación, y con la finalidad de servir de apoyo al Alcalde, o de enlace entre éste y el Pleno del Ayuntamiento nuestra Legislación ha conocido otras figuras como los **Tenientes de Alcalde** y la **Comisión Permanente** que la LBRL suprimió, creando en su lugar la **Comisión de Gobierno**. Después de

la reforma operada por la **Ley 11/1999, de 21 de abril**, la plantilla orgánica de los municipios se acomoda a las siguientes (**y confusas**) reglas:

- El Alcalde los Tenientes de Alcalde y el Pleno existen en todos los Ayuntamientos.
- La Comisión de Gobierno existe en todos los municipios con población de derecho superior a 5.000 habitantes y en los de menos, cuando así lo disponga su Reglamento orgánico y así lo acuerde el Pleno de su Ayuntamiento.
- En los municipios de más de 5.000 habitantes, y en los de menos en que así lo disponga su Reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno, 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, así como el seguimiento de la gestión del Alcalde, la Comisión de 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 Comunidades Autónomas 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 este artículo y en las leyes de las Comunidades Autónomas a las que se refiere el número anterior.

En cuanto a la **participación ciudadana** la ley no prescribe la presencia directa de los vecinos en los órganos ordinarios de gobierno local. No obstante, se **admite** esa participación directa en los órganos territoriales de gestión desconcentrada, como los **distritos**, y con la organización, funciones y competencias que cada Ayuntamiento les confiera, sin perjuicio de la unidad de gobierno y de gestión.

Se reconocen asimismo determinadas ventajas para las **asociaciones de defensa de los intereses generales** o sectoriales de los vecinos, que pueden ser subvencionados con cargo a los presupuestos, tienen derecho a recibir información sobre convocatorias y acuerdos de los órganos municipales, e incluso, participar por medio de sus representantes en los órganos consultivos y deliberativos, salvo que la ley autorice la integración de sus representantes en órganos decisorios (**arts 232 y siguientes del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre**).

La **LBRL** reconoce también, la **inadecuación del régimen ordinario** o común de organización que se establece con carácter general para **algunos municipios** de características singulares de territorio, población u otros, permitiendo entonces romper la uniformidad de la regulación configurando diversos regímenes especiales.

Un primer sistema excepcional es el de **Concejo abierto**, caracterizado porque su gobierno y administración, con derogación de las reglas comunes, se atribuyen al Alcalde y a una Asamblea Vecinal, de la que forman parte 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 **LBRL** y las leyes de las CC.AA. sobre régimen local.

Funcionan en régimen de Concejo abierto:

1. Los municipios con menos de 100 habitantes y aquellos que tradicionalmente cuenten con este singular

régimen de gobierno y administración.

2. Aquellos otros 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 del Ayuntamiento, previa petición mayoritaria de los vecinos y aprobación por la Comunidad Autónoma (art. 29).

Las leyes de las Comunidades Autónomas podrán, por su parte, establecer **otros regímenes especiales**, distintos del anterior, para municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter **histórico-artístico** o el predominio en su término de las **actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes** (art. 30).

Por exceso de población, las grandes ciudades pueden tener, desde que lo autorizó la Ley de 7 de noviembre de 1957, un **régimen especial**, que se aprobó para los municipios de Barcelona y Madrid, y que la LBRL declara vigentes «en todo lo que no se oponga o contradiga o resulte incompatible con lo establecido en esta Ley».

Por último, **Ceuta y Melilla** también han dado lugar a un régimen específico que afecta más a los aspectos fiscales que a los estrictamente orgánicos, y que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria quinta de la Constitución, han accedido igualmente al autogobierno (Leyes Orgánicas 1 y 2 de 1995, de 13 de marzo).

5.- EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO

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

La **Ley de Bases de Régimen Local de 1985** se limita a establecer la plenitud del principio democrático, remitiéndose en cuanto al número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, los supuestos de inelegibilidad e incapacidad y la duración de su mandato a la Legislación electoral. Por su parte, la **Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio**, establece el sistema de representación proporcional, según el método D'HONT, que implica para la atribución de puestos el que la lista haya obtenido al menos el 5 por 100 de los votos válidos emitidos en el distrito.

En cuanto al **número de concejales**, se establece una escala que va:

- De 5, cuando el municipio tiene menos de 250 habitantes.
- Hasta 25 cuando es inferior a 100.000 habitantes.
- De 100.001 en adelante, se suma un concejal más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea un número par.

Las críticas al sistema proporcional se centran en que prima absolutamente a los partidos políticos en contra de la mucho más personificada elección que comportan la técnica de las listas abiertas con posibilidad de que los electores confeccionen las listas a su gusto, pudiendo presentar, incluso, candidatos aislados. En los pequeños municipios esto permite que la elección se decida en función del grado de confianza personal a través de una cuenta individual de los votos obtenidos por cada candidato. De esta forma ningún candidato se ve impedido a presentarse ante la dificultad de tener que presentar una lista, o por su rechazo a integrarse en un partido o en una lista completa. Esta fórmula para los pequeños municipios y la aceptación para los medianos de la facultad de los electores de tachar o de sustituir los candidatos cuya lista vota, darían a nuestro municipalismo un toque de democracia más directa y general, sin duda, muy conveniente.

Reconociendo las anteriores razones, la Ley Electoral ha establecido una muy modesta excepción al sistema de voto de listas completas y cerradas para la elección de concejales de los municipios con población comprendida entre 100 y 250 habitantes y que es el siguiente: cada partido, coalición, federación o agrupación podrá presentar una lista con un máximo de cinco nombres; cada elector podrá dar su voto a un máximo de cuatro entre los candidatos proclamados en el distrito; se efectuará el recuento de votos obtenidos por cada candidato en el distrito, ordenándose en una columna las cantidades representativas de mayor a menor, proclamándose electos aquellos candidatos que mayor número de votos obtengan hasta completar el número de cinco concejales, resolviéndose por sorteo los casos de empate.

Nuestra Ley de Bases de Régimen Local de 1985, si bien establece que el **Pleno** del Ayuntamiento, constituido por todos los Concejales y presidido por el Alcalde, constituye el **órgano supremo del Municipio**, delimitó (con la clara intención de potenciar frente a él la figura del Alcalde) sus competencias (art. 22).

En el mismo sentido de **potenciar la figura del Alcalde** y reducir el **Pleno** a un **órgano de control** de éste responde la modificación operada por la Ley 11/1999, de modificación de las Bases del Régimen Local, pues, como dice la Exposición de Motivos, con la modificación de los arts. 20 a 23, 32 a 35 y 46.2.a)] se pretende una nueva distribución de competencias entre el Pleno y el Presidente de la Corporación a fin de solventar los problemas planteados al atribuirse en la actual regulación al Pleno funciones que tienen un carácter eminentemente ejecutivo y que es más lógico que sean competencias de Alcalde, en aras a una mayor eficacia en el funcionamiento del Ayuntamiento o Diputación. Como contrapartida:

- se clarifican las competencias del Pleno,
- se refuerzan las funciones de control por parte de éste mediante una mayor 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 mas de 5.000 habitantes y en las Diputaciones Provinciales.

Las **funciones** que se atribuyen ahora al Pleno son las siguientes:

- a) El **control y la fiscalización** de los órganos de gobierno.
- b) Los acuerdos relativos a la **participación en organizaciones** supramunicipales; **alteración del término municipal; creación o supresión** de municipios y de las Entidades a que se refiere el artículo 45; **creación de órganos desconcentrados; alteración** de la **capitalidad del municipio** y el **cambio de nombre** de éste o de aquellas Entidades y la adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo.
- c) La aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística.
- d) La aprobación del Reglamento orgánico y de las ordenanzas.
- e) La determinación de los recursos propios de carácter tributario; la aprobación y modificación de los **Presupuestos**; la disposición de gastos en materia de su competencia y la aprobación de cuentas; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Haciendas Locales.
- f) La aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización.
- g) La aceptación de la delegación de competencias hecha por otras Administraciones públicas.
- h) El planteamiento de conflictos de competencias a otras Entidades locales y demás Administraciones

públicas.

i) La aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual.

j) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria.

k) La declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento.

l) La alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público.

m) La concertación de las **operaciones de crédito** cuya cuantía acumulada, dentro de cada ejercicio económico, exceda del **10 por 100** de los recursos ordinarios del Presupuesto –salvo las de tesorería, que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento supere el **15 por 100** de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior– todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

n) Las **contrataciones y concesiones de toda clase** cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en cualquier caso, los 1.000.000.000 de pesetas, así como los **contratos y concesiones plurianuales** cuando su duración sea superior a cuatro años y los plurianuales de menor duración cuando el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada en esta letra.

ñ) La aprobación de los proyectos de obras y servicios cuando sea competente para su contratación o concesión, y cuando aún no estén previstos en los Presupuestos.

o) La **adquisición de bienes y derechos** cuando su valor supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto y en todo caso, cuando sea superior a 500.000.000 de pesetas, así como las enajenaciones patrimoniales en los siguientes supuestos: cuando se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles que estén declarados de valor histórico o artístico, y no estén previstos en el Presupuesto. Cuando, estando previstos en el Presupuesto, superen los mismos porcentajes y cuantías indicados para las adquisiciones de bienes.

p) Aquellas otras que deban corresponder al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial.

q) Las demás que expresamente le confieren las leyes.

El Pleno puede delegar el ejercicio de sus atribuciones en el Alcalde y en la Comisión de Gobierno, salvo las enunciadas en el número 2, letras *a), b), c), d), e), f), g), h), i) l) y p)*, y en el número 3 de éste.

Pertenece igualmente al Pleno la votación sobre la moción de censura al Alcalde y la cuestión de confianza que éste pueda plantear, de acuerdo con la legislación electoral (**Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General**).

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

El Alcalde es el poder ejecutivo a nivel municipal. Esta competencia sale reforzada en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (y aún más en la reforma operada por la modificación introducida 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, o de los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas, el Alcalde nombra y destituye discrecionalmente.

A) Evolución

En los orígenes de nuestro constitucionalismo, el Alcalde, democráticamente elegido, según mandaba el artículo 313 de la Constitución de Cádiz, tenía un haz de atribuciones muy superior al actual.

Así, no sólo se le atribuía el «gobierno político de los pueblos» (art. 183), sino también funciones típicamente estatales en materia de orden público («le corresponde tomar y ejecutar las medidas convenientes para la conservación de la tranquilidad y el orden público, y asegurar y proteger a las personas y los bienes de los habitantes... y ejecutar gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía»).

También ostentaba competencias militares, ya que bajo su mando estaba la Milicia Nacional y, eventualmente, el Ejército (arts 195 y 197), y judiciales para la detención de los delincuentes, práctica de las primeras diligencias por delitos, juicios de faltas y funciones de conciliación previa a los juicios civiles.

Este formidable poder del Alcalde, que concentraba en el nivel más modesto de la organización pública todos los poderes del Estado, va debilitándose a medida que institucionalmente se consolidan el Ejército profesional y el Poder judicial, y a medida también que su carácter de órgano estatal y la intervención gubernativa en su designación, justificada en la necesidad de que el titular del cargo tuviese «la doble confianza» del vecindario y del Estado, entra en contradicción con las exigencias democráticas de la elección del Alcalde por los vecinos.

Después, tanto la legislación de la Segunda República, como la de la Dictadura posterior, mantienen al Alcalde en el doble carácter de órgano representativo del Estado y de Jefe de la Administración municipal, si bien, esta última perderá de nuevo su carácter democrático, siendo designado y cesado gubernativamente.

B) Regulación vigente

La novedad más significativa de la regulación de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 es, sin duda, 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 Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, opta por la primera solución, de modo que el Alcalde es elegido por los Concejales, por mayoría absoluta, entre estos mismos, pero restringidamente a 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 Concejil que encabece la lista más votada, y, en caso de empate, se resolverá por sorteo (art. 195).

En cuanto al cese, la citada Ley Electoral introduce como novedad, inspirada en el funcionamiento del sistema parlamentario y en el artículo 113 de la Constitución, la moción de censura como técnica de destitución del Alcalde. La moción debe ser suscrita al menos por 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 Concejil. La moción, para ser adoptada, requiere 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 Concejil puede suscribir durante su mandato más de una moción de censura, regla ésta mucho más restrictiva que su equivalente en

materia de censura del Presidente de Gobierno.

Las funciones del Alcalde resultan notablemente potenciadas. Ha dejado de ser el representante del Estado, ni tampoco representa a la Comunidad Autónoma, pero es el verdadero jefe del gobierno municipal, y el Pleno una suerte de Parlamento que controla el ejercicio de sus notables poderes.

Además de la Presidencia del Pleno, y tras la reforma operada por la Ley 211/1999, de 21 de abril, el régimen de **funciones y competencias del Alcalde** es el siguiente:

1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta, en todo caso, las siguientes atribuciones:

a) Dirigir el gobierno y la administración municipales.

b) Representar al Ayuntamiento.

c) Convocar y presidir las sesiones del Pleno, salvo los supuestos previstos en la presente Ley y en la legislación electoral general, de la Comisión de Gobierno y de cualesquiera otros órganos municipales, y decidir los empates con voto de calidad.

d) Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales.

e) Dictar bandos.

f) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y su importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 40 por 100 de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderá cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 por 100 de los ingresos liquidados en el ejercicio anterior; ordenar pagos y rendir cuentas; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

g) Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas.

h) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 99.1 y 3 de esta Ley.

i) Ejercer la jefatura de la Policía Municipal.

j) Las aprobaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como la de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización.

k) El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación.

1) La iniciativa para proponer al Pleno la declaración de lesividad en materias de la competencia de la Alcaldía.

m) Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos y grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediatamente al pleno.

n) Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos.

ñ) Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 10 % de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los 1.000.000.000 de pesetas, incluidas las de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

o) La aprobación de los proyectos de obras y de servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y estén previstos en el Presupuesto.

p) La adquisición de bienes y derechos cuando su valor ni supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto ni los 500.000.000 de pesetas, así como la enajenación del patrimonio que no supere el porcentaje ni la cuantía indicados en los siguientes supuestos: la de bienes inmuebles, siempre que esté prevista en el Presupuesto; la de bienes muebles, salvo los declarados de valor histórico o artístico cuya enajenación no se encuentre prevista en el Presupuesto.

q) El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno.

r) Ordenar la publicación, ejecución y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento.

s) Las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

2. Corresponde al Alcalde el nombramiento de los Tenientes de Alcalde.

3. El Alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo:

- las de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Comisión de Gobierno.
- decidir los empates con el voto de calidad.
- la concertación de operaciones de crédito.
- la jefatura superior de todo el personal.
- la separación del servicio de los funcionarios y el despido del personal laboral.
- las enunciadas en los apartados a), e), j), k), 1) y m) del número 1 de este artículo.

No obstante, podrá delegar en la Comisión de Gobierno el ejercicio de las atribuciones contempladas en el apartado j).

C) Los órganos de apoyo al Alcalde

Los Tenientes de Alcalde tienen como misión:

- Sustituir 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, y sus límites a través de la potestad reglamentaria, la misma que gobierna la alteración de los límites municipales.

7.- LA PROVINCIA. CONCEPTOS Y ELEMENTOS

El artículo 141 de la Constitución de 1978 define la Provincia como ***una entidad local con personalidad jurídica propia y también como división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.***

La Constitución no sólo reconoce a las Provincias en su doble dimensión local y estatal, sino que las equipara a los municipios y a las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, la protección a la Provincia ha quedado en nada en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en las que, se ha aceptado su desaparición como Ente local por integración en la Comunidad Autónoma respectiva (Tribunal Constitucional, sentencia de 28 de julio de 1981).

Se puedan distinguir los siguientes modelos de organización provincial:

a) Desaparición de la Provincia por integración en las Comunidades Autónomas uniprovinciales no insulares (Madrid, Rioja, Cantabria, Murcia, Navarra, Asturias), que asumen las competencias, medios y recursos de las Diputaciones provinciales, que quedarán integradas en ellas con los siguientes efectos: disolución de los órganos políticos de la Diputación; integración de la Administración provincial en la autonómica, con asunción por ésta de todas las competencias y recursos: sucesión de la Comunidad en las relaciones jurídicas de la Diputación Provincial (arts. 9 de la Ley del Proceso Autonómico y 40 de la Ley de Bases de Régimen Local).

b) Organización provincial fuerte, que tendrá lugar en todas aquellas Comunidades Autónomas en que, siguiendo el modelo previsto en los artículos 7 y 15 y siguientes de la Ley del Proceso Autonómico, las Diputaciones sumen a las competencias asignadas como propias por la legislación local las transferidas o delegadas por las Comunidades Autónomas –incluso las transferidas por el Estado a la Comunidad Autónoma– y, además, se hagan cargo de la gestión ordinaria de servicios propios de la Comunidad Autónoma. A este modelo de potenciación de la Provincia frente a un mayor desarrollo de la Administración central de la Comunidad Autónoma responderá la organización de la Comunidad Autónoma Vasca, abocada a una especie de federalismo provincial, si siguen triunfando las tesis tradicionales, inspiradas en el fuerismo carlista, sobre la corriente centralista y afrancesada que también se da en el nacionalismo vasco.

c) Por último, cabe hablar de una organización provincial débil para describir la situación y tendencia de las Provincias catalanas, condenadas a mínimos competenciales como consecuencia de un doble cerco: la potenciación máxima del centralismo de la Generalidad y la creación de otro nivel territorial intermedio entre la Provincia y los Municipios, y competitivo con ésta la Comarca.

8.- LA ORGANIZACIÓN PROVINCIAL

La **Ley de Bases de Régimen Local de 1985** reguló la organización de la Diputación Provincial, análogamente a lo dispuesto para el Ayuntamiento (y en forma análoga asimismo **dicho régimen ha sido modificado por la citada Ley 11/1999, de 21 de abril**) en el sentido de potenciar aún más la figura del Presidente frente al Pleno de la Diputación. Dicho régimen orgánico ha quedado establecido de la siguiente forma:

- El Presidente, los Vicepresidentes, la Comisión de 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, siempre que la respectiva legislación autonómica no prevea una forma organizativa distinta en este ámbito y sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno. Todos los grupos políticos integrantes de la Corporación tendrán derecho a participar en dichos órganos mediante la presencia de Diputados pertenecientes a los mismos.
- El resto de los órganos complementarios de los anteriores se establecen y regulan por las propias Diputaciones. No obstante, las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local podrán establecer una organización provincial complementaria de la anterior.

9.- EL PLENO DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL

El **Pleno**, órgano máximo de la Diputación, está constituido por el **Presidente** y los **Diputados provinciales**.

El número de Diputados, establecido en el artículo 204 de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General, de 19 de junio, es proporcional al número de residentes en la Provincia, que oscila entre:

25 (para las provincias de hasta 500.000 residentes).

27 (de 500.001 a 1.000.000).

31 (de 1.000.001 a 3.500.000).

51 (de más de 3.500.000 residentes).

Dichos Diputados han de reunir la condición de Concejales en los Ayuntamientos de la Provincia respectiva.

Su elección es, pues, 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.
- Dicha distribución tiene como límites que todo Partido judicial ha de contar, cualquiera que sea su población, con un Diputado como mínimo, y que ningún Partido, por muchos que sean sus habitantes, puede contar con más de las tres quintas partes del número total de Diputados provinciales.
- La Junta Electoral Provincial forma una relación de partidos políticos, coaliciones, federaciones o agrupaciones de electores que hayan obtenido algún concejal dentro de cada Partido judicial, ordenándolos por un orden decreciente al de los votos obtenidos por cada uno de ellos. Después se distribuyen los Diputados correspondientes al respectivo Partido judicial, teniendo en cuenta el sistema D'Hont, que la propia ley describe (art. 163).
- La Junta Electoral Provincial convoca a los Concejales elegidos por cada uno de aquellos partidos políticos, coaliciones, federaciones o agrupaciones de electores, para que, entre ellos, elijan el Diputado o Diputados que les hayan correspondido, más tres suplentes; a tal fin, dichos Concejales han de presentar una o varias listas de candidatos, avaladas con la firma del tercio de dichos Concejales, resultando elegidos Diputados los Concejales integrantes de la lista que obtengan más votos.

El ámbito competencial del Pleno de la Diputación Provincial está regulado en términos parecidos a los del Pleno del Ayuntamiento, atribuyéndosele las más importantes funciones normativas, de control, organizativas,

financieras y de defensa jurídica de la Corporación.

Estas atribuciones, según el artículo 33 de la Ley de Bases de Régimen Local, modificado por la Ley 11/1999, son las siguientes:

1. Corresponde en todo caso al Pleno:

a) La organización de la Diputación.

b) La aprobación de las ordenanzas.

c) La aprobación y modificación de los Presupuestos, la disposición de gastos dentro de los límites de su competencia y la aprobación provisional de las cuentas; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

d) La aprobación de los planes de carácter provincial.

e) El control y la fiscalización de los órganos de gobierno.

f) La aprobación de la plantilla de personal, la relación de puestos de trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios, y el número y régimen del personal eventual.

g) La alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público.

h) El planteamiento de conflictos de competencias a otras Entidades locales y demás Administraciones públicas.

i) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la Corporación en materia de competencia plenaria.

j) La declaración de lesividad de los actos de la Diputación.

k) La concertación de las operaciones de crédito cuya cuantía acumulada en el ejercicio económico exceda del 10 por 100 de los recursos ordinarios, salvo las de tesorería, que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento supere el 15 por 100 de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

l) Las contrataciones y concesiones de todo tipo, cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto y, en todo caso, los 500.000.000 de pesetas, así como los contratos y concesiones plurianuales cuando su duración sea superior a cuatro años en todo caso, y los plurianuales de duración inferior cuando el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada con esta letra.

m) La aprobación de los proyectos de obra y de servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y cuando aún no estén previstos en los Presupuestos.

n) La adquisición de bienes y derechos cuando su valor supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en todo caso, cuando sea superior a 500.000.000 de pesetas, así como las enajenaciones patrimoniales en los siguientes supuestos: cuando se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles, que estén

declarados de valor histórico o artístico y no estén previstas en el Presupuesto; cuando estando previstas en el Presupuesto, superen el porcentaje y la cuantía que se indican para las adquisiciones de bienes.

ñ) Aquellas atribuciones que deban corresponder al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial.

o) Las demás que expresamente la atribuyan las leyes.

2. Pertenece, igualmente, al Pleno la votación sobre la moción de censura al Presidente y sobre la cuestión de confianza planteada por el mismo, que se rige por lo dispuesto en la legislación electoral general.

3. El Pleno puede delegar el ejercicio de sus atribuciones en el Presidente y en la Comisión de Gobierno, salvo las enunciadas en el número 2, letras *a), b), c), d), e), f), h)* y *ñ)* y número 3 de este artículo.

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

Su elección corresponde al Pleno que lo ha de elegir entre sus miembros, por mayoría absoluta en la primera votación o mayoría simple en la segunda. La destitución se hace por moción de censura constructiva que se rige por las mismas reglas que las del Alcalde.

Pero el **paralelismo entre Alcalde y el Presidente de la Diputación** continúa en lo que atañe a sus funciones, que están, como las de aquél, concebidas en base a ser presidente ejecutivo de un órgano colegiado, de cuyo funcionamiento es responsable, de encarnar la **representación de la provincia** y de ser el **Jefe de la Administración provincial**.

Conforme a la **Ley de Bases de Régimen local**, después de la **modificación** operada por la **Ley 11/1999**, la enumeración de las atribuciones del Presidente es la siguiente:

- Corresponde en todo caso al Presidente de la Diputación:

a) Dirigir el gobierno y la administración de la provincia.

b) Representar a la Diputación.

c) Convocar y presidir las sesiones del Pleno, salvo los supuestos previstos en la presente Ley y en la legislación electoral general, de la Comisión de Gobierno y cualquier otro órgano de la Diputación, y decidir los empates con voto de calidad.

d) Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras cuya titularidad o ejercicio corresponde a la Diputación Provincial.

e) Asegurar la gestión de los servicios propios de la Comunidad Autónoma cuya gestión ordinaria esté encomendada a la Diputación.

f) El desarrollo de gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y su importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 10 por 100 de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 por 100 de los ingresos liquidados en el ejercicio anterior, ordenar pagos y rendir cuentas; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

- g)** Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas.
- h)** Desempeñar la jefatura superior de todo el personal y acordar su nombramiento y sanciones.
- i)** El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa de la Diputación en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este último supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación.
- j)** La iniciativa para proponer al Pleno la declaración de lesividad en materia de la competencia del Presidente.
- k)** Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 1() por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los 500.000.000 de pesetas; incluidas las de carácter plurianual cuando su duración sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.
- l)** La aprobación de los proyectos de obras y servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y estén previstos en el Presupuesto.
- m)** La adquisición de bienes y derechos cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto ni los 500.000.000 de pesetas, así como la enajenación de patrimonio que no supere el porcentaje y la cuantía indicados en los siguientes supuestos: la de bienes inmuebles, siempre que esté prevista en el Presupuesto; la de bienes muebles, salvo los declarados de valor histórico o artístico cuya enajenación no se encuentre prevista en el Presupuesto.
- n)** Ordenar la publicación y ejecución y hacer cumplir los acuerdos de la Diputación.
- ñ)** Las demás que expresamente les atribuyan las leyes.
- o)** El ejercicio de aquellas otras atribuciones que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asigne a la Diputación y no estén expresamente atribuidas a otros órganos.

2. El Presidente puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo la de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Comisión de Gobierno, decidir los empates con el voto de calidad, concertar operaciones de crédito, la jefatura superior de todo el personal, la separación del servicio de los funcionarios y el despido del personal laboral, y las enunciadas en los apartados a), i) y j) del número anterior.

3. Corresponde, asimismo, al Presidente el nombramiento de los Vicepresidentes.

11.- REGÍMENES PROVINCIALES ESPECIALES: ARCHIPIÉLAGOS Y TERRITORIOS HISTÓRICOS

La singularidad administrativa de **las Islas Canarias** ha tenido siempre como motor básico la reivindicación de la isla de Gran Canaria de su equiparación con la de Tenerife, históricamente monopolizadora, por ser la capitalina, de la sede de los organismos públicos estatales y de la dotación de servicios (Capitanía General, Gobierno Civil, Delegaciones Ministeriales, Universidad).

Pero el viejo pleito canario va a reverdecer por la creación de la Comunidad Autónoma que, en buena lógica administrativa, hubiera llevado a la desaparición de la organización provincial y a la integración directa en

aquella Comunidad, como se hizo, según se verá, en el caso Balear.

En ese sentido la disposición transitoria sexta del Estatuto de Canarias preveía el traspaso de las competencias, medios y recursos de las Mancomunidades Provinciales Interinsulares bien a la Comunidad Autónoma, bien a los Cabildos Insulares.

No obstante, como Canarias era una Comunidad Autónoma con dos provincias, no era constitucionalmente posible prescindir formalmente de ellas; por ello, aunque hipócrita y testimonialmente, la Ley de Bases de Régimen Local optó por conservarlas manteniendo sus órganos rectores, las Mancomunidades Provinciales Interinsulares de Tenerife y Gran Canaria, compuestas por los Presidentes de los Cabildos de las islas mayores y de las menores que éstas agrupan, bajo la presidencia del que lo sea del Cabildo de la isla capitalina, con la finalidad exclusiva de ser «órganos de representación y expresión de los intereses provinciales», pero sin competencias materiales.

Por otra parte, se produce una equiparación de las islas con las Provincias, ya que «los Cabildos Insulares, como órganos de gobierno, administración y representación de cada isla, se rigen por las normas que regulan la composición y funcionamiento de las Diputaciones Provinciales, asumiendo las competencias de éstas, sin perjuicio de las que le correspondan por su legislación específica» (art. 41.1).

La organización territorial del **Archipiélago Balear** ha sido y es más simple. Todas las islas, sin disponer de órganos locales propios como los Cabildos de cada una de las islas Canarias, formaban hasta la Constitución de 1978 una sola Provincia, cuya capitalidad correspondía a Palma de Mallorca.

Esta única provincia, como en el resto de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, es fagocitada por la Comunidad Autónoma Balear, que sustituye a la Diputación Provincial por las Instituciones autonómicas (Parlamento, Presidente y Gobierno).

Pero a nivel de isla se han creado ahora los Consejos Insulares, que no sólo son los órganos de gobierno, administración y representación de cada isla, funcionando en ella como Diputaciones Provinciales, sino que, al propio tiempo, constituyen la armazón de la Administración Autonómica, pues los Diputados de esos Consejos Insulares son, a la vez, y con gran sentido de la economía político-administrativa, los miembros únicos del Parlamento Balear (art. 41.3 de la Ley de Bases de Régimen Local y art. 38 del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares).

Las peculiaridades provinciales del **País Vasco** responden a razones históricas, antitéticas, como se dijo, de las catalanas y cuya esencia radica justamente en la potenciación máxima de la Provincia y de su organización. Los episodios más inmediatos de la milenaria historia fuerista que explican la situación actual se centran en las guerras Carlistas, causa de que las tres Provincias vascas perdieran su anterior organización política, y en los términos que establecieron la Ley de 25 de octubre de 1839 y, sobre todo, la de 21 de julio de 1876.

Ahora bien, si la peculiaridad de la organización vasca era su clara vocación provincialista en el sentido de que no existía por encima de ella ninguna forma de organización superior, salvo la Corona, al modo como se dio históricamente con la Generalidad de Cataluña, o como en nuestro tiempo ha ocurrido en las Comunidades Autónomas, es lógico que apareciese un inevitable antagonismo, ya aludido, entre la tendencia centralista y unitaria que supone la Comunidad Autónoma Vasca como nivel supraprovincial y el espíritu foral que lleva a un máximo de independencia de las Provincias respecto de ésta.

Con gran fidelidad al pasado, el Estatuto Vasco de 1979 alienta las tendencias foralistas de las Provincias vascas de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, a las que concibe no como dependientes y subordinadas a la Comunidad Autónoma, sino como parte integrante de su organización institucional, y a las que reconoce el derecho de «**conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas**

de autogobierno». A este efecto asigna a los Territorios Históricos importantes competencias, con previsión de ampliarlas mediante transferencia de las de la propia Comunidad, lo que ha tenido ya lugar por la Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de 25 de noviembre, sobre las relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Organos Forales de sus Territorios Históricos.

El singular régimen organizativo de las diputaciones Forales está hoy regulado por las leyes del Parlamento Vasco y por normas aprobadas por las propias Juntas Generales como órganos superiores de los respectivos territorios. Básicamente consiste en lo siguiente: las Juntas Generales actúan a modo de parlamento provincial, y sus miembros (llamados Apoderados en Vizcaya y Procuradores en Guipúzcoa y Álava), son elegidos, a diferencia de la elección de las Diputaciones Provinciales, por sufragio directo.

Las Juntas Generales ejercen la potestad normativa, aprueban los presupuestos y planes y controlan la actividad del ejecutivo, la Diputación Foral. Esta es presidida y regida por el Diputado General, elegido por las Juntas Generales de entre sus miembros, quien, a su vez, nombra y cesa libremente a los Diputados forales, que están al frente de los diversos Departamentos de aquélla.

TEMA 9.- COMPETENCIA Y RÉGIMEN DE LAS CORPORACIONES LOCALES

1.- AUTONOMÍA Y COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS

Dando por supuesta la elección democrática de los órganos de Gobierno de los Entes locales, puede afirmarse que el grado de autonomía depende de dos variables: de las competencias que tienen garantizadas como propias frente al Estado u otras Corporaciones territoriales superiores y de la mayor o menor independencia en su ejercicio.

En cualquier caso, hay que dejar claro que la autonomía de los Entes Locales, y en particular el Municipio, no puede ser total, ni confundirse con la independencia o la soberanía, porque cada entidad local opera en un territorio y sobre una población, sobre la que también tienen competencias y responsabilidades el Estado y otros Entes territoriales.

A) Antecedentes

A partir del Estatuto municipal de Calvo Sotelo de 1924 se introduce, junto a una enumeración de competencias concretas, una cláusula general de atribución de competencias que se ha mantenido en textos sucesivos. Así, en la LBRL de 1955 luce la tesis de la competencia general de Municipios y el art 101 atribuía a los Municipios competencia para el gobierno y administración de los intereses peculiares de los pueblos, enumerando después una serie de competencias concretas muy amplias y en muy diversos campos.

Pero en realidad este proyecto quedó en nada, pues sólo se atribuía al Municipio la simple *capacidad* para realizar toda clase de actividades, pero sin por ello impedir la reglamentación o la asunción directa de esas mismas actividades por el Estado.

B) La autonomía local tras la Constitución de 1978

La Constitución de 1978 se ha limitado a establecer que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos (art 137). De esta manera se continúan sin definir constitucionalmente las competencias de las Entidades Locales, lo que, sin embargo, hace la Constitución para las competencias del Estado y de las CC.AA.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 28/7/81, no ha decidido, en forma clara, si la autonomía municipal se ha de garantizar, estableciendo desde la ley una tabla de competencias exclusivas de cada Ente local, o por el contrario, la autonomía no es otra cosa que un derecho de participación en cada materia o sector

de actividad pública y proporcional al respectivo círculo de intereses.

La LBRL de 1985, por su parte, opta asimismo por no precisar las competencias exclusivas de los municipios y provincias y asignar una cuota de participación competencial en las materias atribuidas a órganos superiores.

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

La LBRL legitima al Municipio *"para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal"*.

Alude más adelante a la competencia de participación, es decir, la que los Municipios ejercerán en los términos de la legislación del Estado y de las CC.AA. en las materias que enumera. En estas materias la Ley estatal o autonómica determinará las competencias municipales de acuerdo con lo establecido en el art 2, es decir, *en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de las Entidades Locales, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos*.

El art 26 LBRL cita una serie de materias con el carácter de **competencias obligatorias o mínimas** a prestar por los Municipios por sí o asociados con otros. Son:

- En **todos** los municipios: alumbrado, cementerios, recogida de residuos, limpieza viaria, agua, alcantarillado, pavimentación de las vías públicas, control de alimentos y bebidas.
- En los de **más de 5.000 habitantes**: además, los de parque público, biblioteca, mercado, tratamiento de residuos.
- En los de **más de 20.000 habitantes**: además, servicios sociales, protección civil, prevención y extinción de incendios, instalaciones deportivas de uso público y matadero.
- En los de **más de 50.000 habitantes**: además, protección del medio ambiente, transporte público.

Al margen de todas estas competencias, los Municipios pueden desarrollar **actividades complementarias propias de otras administraciones públicas**, como educación, cultura, sanidad, vivienda, etc. (art 28 LBRL).

También pueden desarrollar **competencias por delegación**. Estas son las que les asignan las Administraciones del Estado, las CC.AA. y otras Entidades Locales, sujetándose esta delegación a las reglas establecidas en el art 27 LBRL y que se resumen en que la delegación deberá ser aceptada por el Municipio interesado, se acompañará de los medios necesarios y la Administración delegante podrá dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, dar instrucciones técnicas y recabar información, pudiendo revocar la delegación en caso de incumplimiento.

2.- LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES

Las competencias provinciales han sido una cuestión más compleja que la de las competencias municipales. La complejidad viene, en primer lugar, de la propia evolución y naturaleza de la provincia en la que los planos estatal y local se han entremezclado desde sus orígenes.

Ya desde el siglo XIX el Estado se va haciendo presente en la provincia a través de diversos órganos con competencias más específicas. Esta presencia estatal en el territorio provincial obliga a encontrar a las Diputaciones provinciales tareas propias, lo que lleva a orientar su actividad hacia el apoyo y suplencia de las competencias de los Municipios y hacia la gestión de determinadas obligaciones mínimas como la red de caminos vecinales y los establecimientos públicos de carácter sanitario y benéfico, sin perjuicio de que la

legislación le atribuyera otras para el "*fomento y administración de los intereses peculiares de la provincia*".

La LBRL de 1985 refleja la complejidad producida por la creación de un nuevo nivel territorial, como es la Comunidad Autónoma, de tal manera que la provincia tiene, por un lado, que atender a los Municipios que la integran para asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal; pero, de otro lado, también ha de hacer de enlace entre sus Municipios y las otras Administraciones superiores, participando en la coordinación de la Administración Local con la de la Comunidad Autónoma y la del Estado.

En desarrollo de estos criterios generales, la LBRL de 1985 instrumenta primero la técnica de la autonomía-participación, y declara competencias propias de las Provincias las que le atribuyen las leyes el Estado y de las CC.AA. sobre cualquier campo de actuación pública y en todo caso sobre las siguientes materias (art 36):

- Ordenación de los servicios municipales para la adecuada prestación de los mismos.
- Asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios.
- Prestación de servicios de carácter supramunicipal y en su caso supracomarcal.
- Fomento y administración de los intereses provinciales.

Los supuestos y condiciones de la **delegación de competencias** de las que corresponden al Estado y a las CC.AA., y siempre que sean de "mera ejecución", se regulan en los mismos términos que para los Municipios, es decir, que la delegación deberá ser aceptada por la Diputación Provincial, se acompañará de los medios necesarios y la Administración delegante podrá dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, dar instrucciones técnicas y recabar información, pudiendo revocar la delegación en caso de incumplimiento.

El supuesto más problemático en tema de las actividades de las Diputaciones Provinciales es el de la llamada gestión ordinaria de las competencias autonómicas, supuesto que contempla la LBRL al señalar 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.*. Este supuesto, que se impone obligatoriamente, a diferencia de la delegación, crea numerosos problemas, comenzando por el de su constitucionalidad, pues no es fácil, a la vista del principio de autonomía local, admitir la posibilidad de apropiación de los aparatos burocráticos de las Provincias por las CC.AA. para el ejercicio de las competencias de éstas.

3.- De la tutela del Estado a la judicialización de los conflictos

La autonomía de los Entes locales depende en gran medida del grado de independencia frente al Estado u otros Entes territoriales. Si los controles y tutelas son muy fuertes la autonomía desaparece; si estos controles no existen se corren los riesgos propios del cantonalismo local. Vamos a ver las respuestas a esta cuestión históricamente y en nuestra actual legislación.

A) El control del Estado liberal sobre los Entes locales

En el Estado liberal y centralista que llega en España hasta la Constitución de 1978 las relaciones entre el Estado y los Entes locales se caracterizan por la subordinación de éstos a aquél. La justificación es simple: si el Estado encarna la soberanía nacional no es concebible que una parte del mismo esté bajo el control de otros Entes; además, es la Administración del Estado la que garantiza el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; finalmente, está la precariedad de medios para la gestión de los servicios de los Municipios de la época.

Para hacer efectiva esta subordinación/control se lleva a cabo el control sobre los titulares de los órganos. De esta forma, surge la doble condición del Alcalde (jefe de la Administración municipal y representante del Estado, que es quien le nombra).

De otra parte, el control sobre la actividad de los Entes locales se ejercía a través de las clásicas formas de tutela: la **anulación** (posibilidad de anular el acto del Ente local, con previo efecto suspensivo), la **aprobación** (sobre unas determinadas materias el Ente local no podía actuar sin el Vº Bº de la Administración del Estado) y la **sustitución** (el Estado reemplazaba la actuación del Ente local por la suya propia).

B) La tutela en la doctrina del Tribunal Constitucional

La Constitución de 1978 va a suponer un cambio radical de la situación, pues declara de forma expresa la autonomía municipal. Punto de partida es la sentencia del Tribunal Constitucional de 2/02/1981, que declaró contrario a la autonomía local buena parte de la regulación sobre medidas de intervención y tutela de la Ley de Régimen Local de 1955: *la autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien, no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúan a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi-jerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales.*

En aplicación de estos principios generales, el Tribunal Constitucional, en esta sentencia y en posteriores, ha concretado así sus criterios:

- Es incompatible con la autonomía local la sustracción de la potestad del Municipio de aprobación de presupuestos. Sin embargo, es constitucional la posibilidad de limitar la asunción de obligaciones.
- Es inconstitucional suspender o destituir de sus cargos a los Presidentes y miembros de las Corporaciones locales en caso de mala conducta o por motivos de orden público, dado el carácter representativo de los mismos.
- Es inconstitucional la regla según la cual en las materias no confiadas a la exclusiva competencia de los Municipios y Provincias unos y otros actuarían bajo la dirección administrativa del Ministerio de Gobernación (hoy Ministerio del Interior), pues se otorga una potestad de dirección genérica a la Administración del Estado, que refleja una concepción acerca de la posición del Municipio y la Provincia que se opone al concepto de autonomía.
- Sin embargo, es constitucional la suspensión provisional por el Gobernador Civil de las ordenanzas y reglamentos locales incursas en infracción legal, por tratarse de una suspensión provisional hasta que decida la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

C) La judicialización de las relaciones de control y tutela

Consecuencia de la doctrina anterior, la nueva LBRL de 1985 huye de toda la terminología anterior, aunque manteniendo un deber de suministrar información por parte de los Entes locales y un derecho de la Administración a exigirla.

Dos supuestos de **control gubernativo directo** contempla la Ley:

- **Disolución de los órganos de las Corporaciones locales**, sólo cuando la gestión sea gravemente dañosa para los intereses generales, consecuencia del incumplimiento de las obligaciones constitucionales. La disolución se atribuye al Consejo de Ministros, a iniciativa propia y con el conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, o a solicitud de ésta con el acuerdo favorable del Senado.

- **Sustitución de la actividad del Ente local por la Administración del Estado o de las CC.AA.** Es el supuesto del Ente local que incumpla las obligaciones impuestas por la Ley y tal incumplimiento afecte al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma. En este caso la Administración correspondiente recordará su obligación al Ente local y, transcurrido un plazo y caso de persistir en el incumplimiento, adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación en sustitución y a costa del Ente local.

Fuera de esto no hay más controles sobre la actividad de las Entidades locales que los **controles de legalidad ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa** y en los siguientes casos:

- Que el acuerdo de la Entidad Local menoscabe las competencias del Estado o de las CC.AA., interfiera su ejercicio o se exceda en la propia competencia.
- Que el acto infrinja el Ordenamiento jurídico.
- Que el acto o acuerdo atente gravemente al interés general de España.

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

La LBRL de 1985 pretende la **profesionalización** de los miembros de las Corporaciones locales. Para ello se articulan dos tipos de medidas:

- **Facilitar el acceso** de los vecinos a los cargos locales mediante la reserva de sus puestos de trabajo. Se establece el pase a la situación de servicios especiales de los miembros de las Corporaciones locales cuando sean funcionarios de la propia Corporación o de carrera de cualquier otra Administración Pública y desempeñen el cargo para el que han sido elegidos con retribución y dedicación exclusiva. Las Corporaciones locales abonarán las cotizaciones de las mutualidades obligatorias y de clases pasivas.
- **Retribuir** estos cargos. En materia de retribuciones, las reglas son las siguientes:
 - Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva. Tales retribuciones serán incompatibles con la de cualquier retribución a cargo de las Administraciones públicas o de los Entes, Organismos o Empresas de ellos dependientes.
 - Los miembros de las Corporaciones locales podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el Pleno de la Corporación.
 - Se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo el necesario para la asistencia a los Plenos de la Corporación o a las Comisiones y la atención a las Delegaciones de las que forme parte el interesado.

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 tomar posesión a hacer una declaración de sus bienes y de las actividades privadas que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos o afecten al ámbito de competencias de la Corporación. Además, se les recuerda el deber de abstención cuando concurran causas de incompatibilidad.

Sobre la **responsabilidad**, la LBRL, tras recoger 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 sobre responsabilidad de funcionarios y autoridades:

- Responsabilidad civil y penal frente a los particulares por actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus cargos, exigible ante los Tribunales ordinarios.
- Responsabilidad frente a la Corporación, cuando por dolo o culpa grave se ocasionen perjuicios graves a la misma o a terceros.
- Responsabilidad disciplinaria: los Presidentes de las Corporaciones locales pueden sancionar a los

miembros con multa por faltas no justificadas a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones.

5.- Régimen de Funcionamiento

La LBRL de 1985 regula el régimen de sesiones, acuerdos, aprobación de ordenanzas, conflictos y responsabilidad, régimen posteriormente modificado por la Ley 11/1999, de 21 de abril.

A) Sesiones

Las sesiones de los órganos colegiados (Pleno, Comisión de Gobierno y órganos complementarios) pueden ser de 2 **clases**: ordinarias (con periodicidad establecida) y extraordinarias, que pueden ser, a su vez, urgentes.

Periodicidad:

- Ordinarias: depende de la importancia del municipio:
- Más de 20.000 habitantes y las Diputaciones Provinciales: cada mes, mínimo.
- Entre 5.001 y 20.000 habitantes: cada 2 meses.
- Hasta 5.000 habitantes: cada 3 meses.
- Extraordinarias: cuando así lo decida el Presidente o lo solicite, al menos, la $\frac{1}{4}$ parte de los miembros de la Corporación.

Convocatoria: debe hacerse, al menos, con 2 días hábiles de antelación, salvo las extraordinarias urgentes, cuya convocatoria con este carácter será ratificada por el Pleno. Por otra parte, existe un derecho de información de los miembros de la Corporación, que deben disponer, desde el mismo día de la convocatoria, de la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día.

Publicidad de las sesiones: serán públicas las del Pleno y no las de las Comisiones de Gobierno. Sin embargo, el art 70 establece una excepción a esta regla.

B) Grupos políticos

La Ley 11/1999, 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 de los asuntos a someter al Pleno. Para ello, el Pleno, con cargo a los Presupuestos de la Corporación, podrá concederles una asignación económica, asignación sometida a unos límites y requisitos.

C) Régimen de Acuerdos

La LBRL de 1985 establece las siguientes reglas:

- El Pleno se constituye válidamente con $\frac{1}{3}$ de los miembros (nunca inferior a 3), siendo necesaria la asistencia del Presidente y del Secretario o quienes les sustituyan.
- La adopción de acuerdos se produce por votación ordinaria, salvo que el propio Pleno acuerde para un caso concreto una votación nominal
- Los acuerdos se adoptan, como *regla general, por mayoría simple de los miembros presentes*.
- En algunos supuestos (relacionados con el término municipal, nombre del municipio) se requiere un quórum especial consistente en el *voto favorable de las $\frac{2}{3}$ partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de concejales*.
- En otros supuestos (Reglamento orgánico de la Corporación, régimen de bienes y una larga lista enumerada en la Ley) se requiere un quórum especial consistente en el *voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación*.

D) Régimen de actos y ordenanzas

La LBRL regula en el art 48 la vía que las Corporaciones locales han de seguir para obtener el informe del Consejo de Estado en los casos en que sea preceptivo: la solicitud se cursará por conducto del Presidente de la Comunidad Autónoma y a través del Ministerio de Administración Territorial.

La **aprobación de las Ordenanzas locales** se sujeta a un procedimiento que es, en cierta medida, una versión simplificada del establecido en la LPA para la aprobación de disposiciones de carácter general. Se inicia con la aprobación inicial del Pleno; sigue un trámite de información pública y audiencia de interesados y reclamaciones y finaliza con la resolución de las reclamaciones y la aprobación definitiva del Pleno.

En los **conflictos de atribuciones**, el art 50 establece que serán resueltos por el Pleno, en unos casos, y por el Alcalde o Presidente de la Corporación, en los demás.

E) Impugnación de actos, acuerdos y ejercicio de acciones

No sólo el Estado y las CC.AA. pueden impugnar los actos y acuerdos que infrinjan el ordenamiento jurídico, sino también los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales acuerdos o actos (art 63).

Como privilegio en la impugnación de actos y acuerdos por el Estado o las CC.AA., se establece la posibilidad de que soliciten información ampliada, que deberá remitirse en el plazo máximo de 20 días hábiles (art 64).

En favor de los vecinos se recoge la regla tradicional que les permite ejercer en nombre de la Entidad local las acciones precisas en defensa de los bienes y derechos de ésta, cuando, previo el oportuno requerimiento, éstas no lo hubieran ejercitado (art. 68).

TEMA 10.- LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

1.- EVOLUCIÓN Y PROBLEMÁTICA GENERAL

Por Administración Institucional se entiende el conjunto de las numerosas organizaciones de que se sirven los Entes territoriales para cumplir concretas funciones de servicio público o intervención administrativa. Las características básicas de los Entes institucionales son: la **especialidad de sus fines** y la **dependencia de un Ente territorial**, lo que se hace compatible con la atribución de personalidad jurídica independiente de éste.

La Administración especializada comprende dos tipos de Entes: los Entes de base institucional y los Entes de base corporativa. A su vez, en la primera hay que distinguir aquellos Entes que son meros instrumentos de las Administraciones territoriales de aquellas otras Administraciones que están dotadas de una cierta autonomía política y que se conocen como Administraciones independientes.

Entre sus orígenes estatales cabe citar las Fábricas Reales del siglo XVIII, las Compañías Comerciales de las colonias y, más modernamente, la figura del establecimiento público de origen francés, que se recogerá aquí en el siglo XIX.

A) Fábricas reales, establecimientos públicos y cajas especiales

Las **fábricas reales** –antecedentes de los actuales establecimientos públicos industriales o empresas públicas– aparecen en el s. XVIII como una manifestación de la política de fomento de la industria de la Administración Real. Esto se paraliza en el s. XIX consecuencia del dogma liberal de la incapacidad industrial del Estado. Sin

embargo en algunos sectores, como el militar y el minero, se mantendrá la presencia fabril del Estado.

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 (hospitales, hospicios, institutos, universidades).

La singularidad de la forma organizativa es la conciliación entre una subordinación jerárquica a la autoridad ministerial y una independencia relativa en la gestión, de la que se responsabiliza a los propios funcionarios técnicos (médicos, profesores) que normalmente forman un órgano colegiado (Claustro, Junta) en cuyo seno eligen a los responsables (Decano, Rector; Director). Además, se reconoce al establecimiento público personalidad jurídica independiente del Estado para atraer a su patrimonio ciertas liberalidades (legados, herencias) que los particulares realizan por ser lo que es.

La importancia del establecimiento público en la legislación española se reflejará en la legislación civil en la que se alude a ellos en numerosos preceptos.

Las **cajas especiales** no eran otra cosa que órganos administrativos ordinarios insertados en la jerarquía, pero privilegiados con excepciones de dudosa legalidad a los principios y reglas presupuestarias de *unidad de caja* (todos los ingresos y pagos públicos han de hacerse en una caja única y contabilizarse en una cuenta única) y de *especialidad* (las asignaciones del presupuesto se hacen por capítulos, artículos y conceptos, y han de gastarse dentro del período de vigencia de aquél), con el objeto de administrar tasas recaudadas por la prestación de servicios que se destinan a gastos de material o, preferentemente, a compensar las insuficientes dotaciones presupuestarias del personal. En definitiva, eran órganos administrativos liberados de los controles presupuestarios, que administraban fondos de procedencia diversa, lo que provocaba una mayor libertad y eficacia, pero también riesgo de corrupción por la citada ausencia de controles.

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

El aumento del intervencionismo público, una vez derrumbado el dogma de la incapacidad industrial del Estado, encontrará en los entes especializados el adecuado soporte institucional, que se flexibilizarán aún más, mediante la utilización del Derecho privado, bien manteniendo la personalidad pública del Ente, bien llegando hasta el final adoptando también formas jurídico-privadas, en particular la forma de sociedad anónima, de capital íntegramente público, o con participación de capital privado, las sociedades de economía mixta.

En España este comienzo de la "socialización" de actividades privadas a través de la expropiación al capitalismo de su forma más típica de actuación, la sociedad anónima, comienza en la Dictadura de Primo de Rivera. Así, y al margen de la creación de empresas como CAMPSA, TABACALERA, TELEFONICA, en el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 se dice en la E.M. que los servicios serían *administrados en forma de empresa privada* como alternativa a la gestión directa por el Ayuntamiento.

Con todo, será durante el Régimen de Franco cuando se establezca un marco jurídico completo de regulación de sociedades privadas mercantiles en mano pública. Nacerá en 1941 para utilizar *los métodos de las Sociedades Anónimas privadas para sus fines estatales* el INI. Posteriormente la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 admitirá que dichas sociedades se puedan crear con un solo socio (en lugar del régimen general de tres) cuando éste sea un Organismo estatal, provincial o municipal, lo que reitera la actualmente vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1990.

Pero no siempre se da el objetivo de realizar la actividad industrial o comercial en igualdad de condiciones con el resto de las empresas. Muchas veces se utiliza la forma privada para escapar de los más estrictos controles del Derecho administrativo o para disfrazar de empresa privada a Organismos tradicionalmente públicos.

Cabría pensar si esta huida del Derecho administrativo es constitucionalmente admisible, puesto que el régimen jurídico administrativo goza de una garantía constitucional pues la misma recoge en diversos preceptos la existencia de un régimen administrativo y de una Jurisdicción Contencioso-Administrativa, preceptos que quedarían sin sentido si se admitiera que las instituciones públicas pueden actuar a través del Derecho privado, fuera de la pura y simple realización de actividades comerciales o empresariales.

2.- MARCO NORMATIVO Y CLASES DE ORGANISMOS PÚBLICOS

La primera regulación es la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 18/12/1958. Esta Ley abandonó el concepto y el término de establecimiento público y dividió las Entidades Estatales Autónomas en Servicios Administrativos sin personalidad jurídica, Organismos Autónomos y Empresas Nacionales.

Pero este intento de ordenación no tuvo un éxito completo. La singularidad de estos organismos impidió el sometimiento de todos ellos a la Ley, quedando fuera de su ámbito algunos de ellos, denominados por García Trevijano **Organismos autónomos apátridas**, es decir, organismos no sujetos a la LEEA, aunque sí a sus Estatutos y a los principios y reglas generales del Derecho administrativo.

Posteriormente, la Ley General Presupuestaria de 4/01/1977 abandona la clasificación y terminología de la LEEA e introduce tres novedades:

- 1.- Prescinde de los Servicios Administrativos sin personalidad jurídica, autorizando al Gobierno a integrarlos en los Presupuestos Generales del Estado o transformarlos en Organismos Autónomos.
- 2.- Distingue dos clases de OO.AA.: Los OO.AA. administrativos y los OO.AA. de carácter comercial, industrial, financiero y análogos.
- 3.- Bajo el inapropiado denominador de Sociedades Estatales, inadecuado porque el Estado no entra en la mayor parte de los casos en relación de sociedad con otras personas, ni adoptan siempre forma privada mercantil ni civil, distingue:
 - a) Las sociedades mercantiles, con capital mayoritario, directa o in-directamente de la Administración del Estado, sus OO.AA. y demás Entidades de Derecho público.
 - b) Las Entidades de Derecho público, que por Ley ajustasen sus actividades al ordenamiento jurídico privado.
 - c) El resto de los Entes del Sector Público, que se regía por su normativa específica.

La LOFAGE ha introducido una nueva tipología y clasificación de los **Organismos públicos estatales**. Tras definirlos como los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado para la realización de cualquiera de las actividades de ejecución o gestión tanto administrativa de fomento o prestación, como de contenido económico, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional y de atribuirles personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y autonomía de gestión, los clasifica en **Organismos autónomos** y **Entidades públicas empresariales**. A estos dos tipos hay que añadir las **sociedades mercantiles estatales**.

Esta distinción, sin embargo, adolece de un error básico, y no es otro que identificar actividad susceptible de una contraprestación económica con actividad privada regida por el Derecho privado, con lo que todos los servicios públicos que se someten al pago de una tasa (matrícula de Universidades, expedición de títulos académicos) se hacen pasar equívocamente por actividades privadas, cuando por sus contenidos y régimen de monopolio en que se prestan, los alejan radicalmente de las actividades de los particulares.

3.- LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

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* (art 45.1).

El **nombramiento de los titulares de los órganos** de los OO.AA. se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado. Asimismo, el personal al servicio de los OO.AA. será funcionario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. No obstante, la Ley de creación podrá establecer peculiaridades del régimen de personal (provisión de puestos, oferta de empleo, sistemas de acceso, movilidad, etc.) si bien estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas.

Los OO.AA., además de su patrimonio propio, podrán tener adscritos, para su administración, **bienes** del patrimonio del Estado. Respecto a su patrimonio propio, podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, incorporándose al patrimonio del Estado los bienes que resulten innecesarios para el cumplimiento de sus fines.

La **contratación** de los OO.AA. se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas. El titular del Ministerio al que esté adscrito el O.A. autorizará la celebración de aquellos contratos cuya cuantía exceda de la previamente fijada por aquél.

El **régimen presupuestario**, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero de los OO.AA. será el establecido por la Ley General Presupuestaria. Los OO.AA. están también sometidos al control de eficacia, que será ejercido por el Ministerio al que estén adscritos, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria. Este control tiene como finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados

Los actos y resoluciones de los órganos de los OO.AA. son susceptibles de los **recursos administrativos** previstos en la LRJAPyPAC. Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales, serán resueltas por el órgano máximo del O.A., salvo que su Estatuto asigne la competencia a otro órgano del Ministerio de adscripción.

4.- ENTIDADES PÚBLICAS 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 la 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 legislación presupuestaria* (art 53).

Como su denominación expresa, estas Entidades están a medio camino entre los OO.AA. y las sociedades estatales puras y simples y, consecuentemente, tienen un régimen jurídico mixto. La diferencia con los OO.AA. es doble:

- La actividad de la Entidad pública empresarial puede generar ingresos, y
- La actividad de la Entidad pública empresarial se rige por el Derecho privado, con las excepciones apuntadas, que se rigen por el Derecho administrativo.

La selección del personal directivo de estas Entidades, y que se rige por el Derecho laboral, se realizará con arreglo a criterios de competencia profesional y atendiendo a la experiencia en puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. El resto del personal, igualmente laboral, será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Lo que no dice la Ley es en

qué jurisdicción deben domiciliarse las reclamaciones surgidas en los procesos de selección. Todo conduce a entender, sin embargo, que la selección de personal con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad es ejercicio de una potestad administrativa, con lo que será en la jurisdicción Contencioso-Administrativa donde se domicilien.

Es también a esta jurisdicción a la que corresponde enjuiciar los actos dictados en el ejercicio de cualquiera otra potestad administrativa por las Entidades públicas empresariales. Las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral son resueltas por el órgano máximo del Organismo, salvo que, por sus Estatutos, tal competencia se atribuya al Ministerio u Organismo público al cual esté adscrito.

La preocupación por la utilización de formas empresariales privadas para subir discriminatoriamente las retribuciones del personal se manifiesta en la exigencia de que la determinación y modificación de las condiciones retributivas requieren el informe previo de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, así como en la obligación impuesta a estos de efectuar periódicamente controles sobre la evolución de los gastos de personal.

Las Entidades públicas empresariales, además de patrimonio propio, pueden tener **bienes** adscritos por la Administración General del Estado. El régimen de gestión de sus bienes es el establecido para los OO.AA.

En cuanto a la **contratación**, se rige por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995. En todo caso, será necesaria la autorización del titular del Ministerio al cual estén adscritas para celebrar contratos de cuantía superior a la previamente fijada por el mismo.

Finalmente, el régimen **presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control** de las Entidades públicas empresariales, es el establecido en la Ley General Presupuestaria. Además, están sujetas a un control de eficacia por el Ministerio u Organismo al que estén adscritas. Dicho control tiene como finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos asignados y la adecuada utilización de los recursos.

5.- SOCIEDADES MERCANTILES

La tercera variedad de Organismo estatal especializado son las sociedades mercantiles estatales, basadas en títulos representativos del capital, cuya titularidad pertenece al Estado, y que la LEEA de 1957 denominaba Empresas Nacionales.

La sociedad mercantil ha tenido inicialmente un diverso alcance en la legislación estatal y en la local. En la estatal se aplicó para la realización por el Estado de actividades industriales en concurrencia con el sector privado (creación del INI). En el ámbito local nació como una forma de gestión de los servicios públicos (Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924). Desde la Ley General Presupuestaria de 1977, la sociedad anónima estatal es también una fórmula aplicable para el ejercicio de funciones públicas y de contratación de obras públicas. La LOFAGE, sin embargo, quiere reaccionar contra esta desnaturalización de las formas y prescribe que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente por el Ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, lo cual parece indicar que la sociedad anónima sólo se creará por el Estado cuando se trate de desarrollar actividades industriales o comerciales y en régimen de igualdad y competencia con las sociedades creadas por los particulares.

Pero, sin embargo, la Ley deja abierta la posibilidad de la creación de sociedades mercantiles estatales para la realización de actividades prestacionales, para la gestión de servicios o para la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Efectivamente, el Legislador, a la hora de crear o regular un Ente no se encuentra limitado ni vinculado ni por la tipología de organismos contenida en la LOFAGE ni por sus ámbitos funcionales.

Actualmente, el sector público empresarial del Estado está dirigido por los siguientes Entes de Gestión:

- La Corporación Bancaria de España, SA, que agrupa a las Entidades financieras.
- La Agencia Industrial del Estado, que encuadra a las empresas del desaparecido INI.
- La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.
- El Ente Público RTVE, que agrupa a sociedades públicas estatales de radio y televisión.
- La Dirección General del Patrimonio del Estado
- La Entidad Puertos del Estado, que agrupa las distintas Autoridades Portuarias que gestionan puertos estatales.

Las sociedades mercantiles estatales de capital totalmente público no pueden ser controladas por los socios minoritarios, como ocurre en el común de las sociedades. Por ello, y también en el caso de que la participación del Estado es mayoritaria, aunque la sociedad se rige por el Derecho privado, la Ley General Presupuestaria impone determinadas formas de control:

- Elaboración anual de un programa de actuación, inversiones y financiación, acompañado de una memoria explicativa del contenido del programa.
- Elaboración de un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital donde se detallen los recursos y dotaciones anuales. Dichos presupuestos serán remitidos al Ministerio de Hacienda acompañados de una memoria explicativa y de la liquidación del presupuesto del ejercicio anterior, a efectos de su inclusión en los Presupuestos Generales del Estado.
- El control de eficacia se ejercerá por el Organismo autónomo que tenga participación mayoritaria o, en su caso, por el Ministerio del que dependa directamente mediante el análisis del cumplimiento de los objetivos asignados y la adecuada utilización de los recursos.

6.- LOS ENTES PÚBLICOS ATÍPICOS O APÁTRIDAS

Son órganos que la LEEA excluyó de su ámbito, es decir, órganos no sujetos a la regulación general, sino a sus peculiares estatutos (las Cámaras de Comercio, la Seguridad Social, el Instituto del Libro). Disposiciones posteriores excluyeron a la RENFE, Bancos oficiales, Patrimonio Nacional, etc.

Ante la huida de los esquemas y clases generales de los Entes institucionales, el art 6.5 de la Ley General Presupuestaria creó un cajón de sastre para incluir a todos los entes atípicos ya creados o que se pudieran crear en el futuro, refiriéndose a ellos como *el resto de Entes del sector público estatal no incluidos*, es decir, aquellos que no eran ni OO.AA. ni sociedades estatales en sus dos manifestaciones de sociedades mercantiles o de Entes públicos sujetos al Derecho privado.

El régimen jurídico de los incluidos en este grupo, ahora mencionados en la LOFAGE, se caracteriza por su singularidad recalcitrante, que les lleva a regirse por los dispuesto en su Estatuto o Ley de creación.

Entre los Entes recientemente incluidos en este grupo figuran la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes, los cuales se rigen por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria y, supletoriamente, por la LOFAGE.

También se encuentra en este grupo la Seguridad Social.

Asimismo, se remite a su legislación específica la normativa del Consejo de Estado y del Banco de España. Lo mismo se dice de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Consejo de Seguridad Nuclear, del Ente Público RTVE, de las Universidades no transferidas, de la Agencia de Protección de Datos, de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La LOFAGE pretende, asimismo, que con la fórmula de las Administraciones independientes, es decir,

aquellas a las que se asegura una independencia funcional del Gobierno, no se eluda la normativa de los Entes institucionales. Por eso prescribe que *los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, se les reconozca expresamente la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer efectiva esa independencia o autonomía pero en los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen del personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley.*

7.- LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA

En la frontera entre las organizaciones públicas y las privadas se encuentran las Empresas mixtas, organismos en que se unen, con vistas a realizar una actividad de servicio público, los Entes Públicos y los particulares aportando unos y otros una parte del capital.

Surge históricamente como una forma de contradecir el dogma liberal de la incapacidad industrial del Estado y también como la técnica más eficaz de conciliar la defensa del interés público con la eficacia de la gestión que se suponía propia de quien se juega su dinero.

La fórmula de la empresa mixta se introduce en nuestro país desde Francia y, en los primeros tiempos –años 20– sirve para organizar el Monopolio de Petróleos, para más adelante sostener empresas deficitarias de interés general, como Iberia y Telefónica.

En el régimen de Franco la Empresa mixta será empleada como una forma de participación del Estado en empresas privadas y como una técnica de gestión de servicios públicos en el ámbito local y estatal.

A) Las Empresas mixtas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

La LCAP define las Empresas mixtas como aquellas en que el Estado participe por sí o por medio de un Ente público estatal en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Desde la perspectiva del contrato de gestión de los servicios públicos, cuando el capital público es mayoritario la empresa de economía mixta está dispensada de la legislación contractual constituyendo una forma de gestión directa. Ello no obsta a que la empresa de economía mixta aparezca como parte contratante ante el Estado con los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos, pero se trataría de un contrato directo.

Cuando el capital público es minoritario, debe entenderse que estamos ante una forma indirecta de gestión de un servicio público a la que, al igual que a las otras previstas en la Ley (concesión, gestión interesada, concierto) se deben aplicar los procedimientos de selección de contratistas y adjudicarse la gestión del servicio a través de un concurso.

Sobre la elección entre una empresa de economía mixta de capital público mayoritario o minoritario nada determina la Ley, por lo que cabe pensar que sea una decisión de carácter político. Sin embargo, el Reglamento de Contratos del Estado impone la presencia mayoritaria de capital público, regla dispensable cuando el Gobierno acuerde expresamente lo contrario.

B) Las Empresas Mixtas Estatales

El art 66 de la Ley de Contratos del Estado las define como aquellas en que el Estado participe por sí o por medio de un ente público estatal en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Puesto que la Empresa mixta estatal es también una forma de gestión de los servicios públicos, el art 206 del Reglamento precisa que deberá aparecer como parte contratante ante el Estado con las obligaciones y derechos propios del

concesionario de servicios públicos.

Cuando la iniciativa de la creación de la Empresa mixta parte del Estado, éste no puede elegir libremente a sus socios privados, sino que se deberán observar las reglas de publicidad y concurrencia por las que se rige, en general, la adjudicación de los contratos administrativos. Estas mismas reglas de publicidad y concurrencia deberán observarse cuando se trate de venta de títulos participativos de capital de empresas cuyo capital pertenezca íntegramente al Estado y que gestionen servicios públicos.

El reglamento admite que la participación del Estado sea mayoritaria o minoritaria, imponiendo, con carácter general, la mayoritaria. La regla de la mayoría estatal es, sin embargo, dispensable cuando el Gobierno acuerde expresamente lo contrario, en cuyo caso, se nombrará un Delegado del Gobierno en la Sociedad con facultades de inspección y vigilancia.

Como las Empresas mixtas estatales son, al tiempo que gestoras de un servicio público, Sociedades estatales, se someterán a las normas de control del Tribunal de Cuentas y demás establecidas en la Ley General Presupuestaria.

C) Valoración y futuro de las Empresa Mixtas

Si antes se veía con optimismo esta combinación entre capital privado y la Administración, hoy en día se han formulado diversas críticas al sistema.

Por un lado, los economistas han puesto de relieve que en las Empresas mixtas los intereses privados tienden a predominar sobre los públicos. También se ha advertido que los titulares de capital privado pierden agresividad empresarial y sentido de la responsabilidad al saberse a cubierto por un socio tan poderoso como el Estado, cuya quiebra es impensable.

De otro lado, al ser las Empresas mixtas concesionarias de servicios públicos, el móvil de lucro, esencial de las sociedades mercantiles, se muestra contradictorio con los postulados del servicio público, que persiguen el continuo perfeccionamiento de las prestaciones en beneficio de los usuarios y por encima de consideraciones comerciales. O, desde el otro lado, se emplean políticas de congelación de tarifas que, si son rentables políticamente, llevan a la ruina de la empresa, con perjuicio para los intereses del Estado.

Estas críticas han provocado un desplazamiento de la utilización de Empresas mixtas hacia sectores como el de urbanismo y vivienda, que permiten operaciones de inversión en tiempo más breve y de liquidación más inmediata.

8.- LAS AGRUPACIONES DE ENTES PÚBLICOS. LOS CONSORCIOS

Los Entes institucionales pueden surgir también de la agrupación de diversos Entes territoriales, que crean un organismo ad hoc para la gestión común de una obra o servicio, organismo en el que, eventualmente, también pueden intervenir los particulares.

En el Derecho español no existe una regulación general del Consorcio para las agrupaciones de particulares. La LBRL lo define como la *organización que pueden constituir las autoridades locales con otras Administraciones Públicas para fines de interés común. O con entidades privadas sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas* (art 87).

La figura del Consorcio es en cierto modo parecida a la de las Mancomunidades de Municipios previstas en el art 44 de la LBRL, que establece que *se reconoce a los Municipios el derecho a asociarse con otros en Mancomunidades para la ejecución en común de obras o servicios determinados de su competencia*, aunque en este último supuesto la agrupación se da únicamente entre Municipios, dando lugar a la creación de un

verdadero Ente local. El Consorcio sirve, pues, para canalizar la asociación de Municipios con otras Administraciones públicas no municipales (Estado, CC.AA.), o bien con particulares, dando origen a un Ente institucional y no territorial.

La escueta referencia legal del Consorcio debe ser suplida con la reglamentación que prevé la atribución al Consorcio de personalidad jurídica propia, la aprobación de un Estatuto que determine su régimen, así como la posibilidad de utilización por el Consorcio, una vez constituido, *de cualquiera de las formas de gestión de servicios sustituyendo a los entes consorciados*.

Esta última precisión da a entender que los Estatutos pueden otorgar al Consorcio amplias posibilidades organizativas, circunstancia que, sin embargo, es negada por quienes entienden, como ALBI, que el Consorcio ha de constituirse necesariamente como Organismo autónomo local o como Empresa mixta.

La figura del Consorcio como agrupación estricta de Entes públicos ha sido de nuevo retomada para las agrupaciones creadas por el Estado y las CC.AA. en ejecución de los acuerdos de cooperación que pueden crear entre sí cuando sea precisa la creación de una organización común. El Consorcio tendrá personalidad jurídica propia, pudiendo utilizar para la gestión de los servicios que se le encomienden cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones Públicas.

9.- LA PROBLEMÁTICA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN ESPAÑA

En España también se pensó en una descentralización funcional realmente independiente, más allá de la modesta fórmula de los establecimientos públicos. Las ideas francesas sobre la descentralización fueron defendidas con radicalidad por Royo Villanova, que, a principios de siglo, las utilizaba para formular una alternativa a los peligros que presagiaba en torno al autonomismo regional: *Debe desintegrarse la Administración Pública construyendo con sus despojos un conjunto de gobiernos locales () o debe llevarse a la Administración a la unidad necesaria para reflejar la conciencia nacional, dejando luego a los servicios públicos toda la libertad conveniente*. Esta nueva descentralización supondría, en definitiva, una alternativa a la descentralización del Estado, lo que se alcanzaba mediante la consideración objetiva del servicio público, relajando su dependencia del poder central, otorgándole personalidad jurídica propia y autonomía de gestión.

La regla general, sobre todo a partir de la LEEA de 1958, es que, aunque los OO.AA. son definidos como *Entidades de Derecho Público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado*, esta independencia se refiere a personalidad jurídica, pero no a la independencia política de sus órganos, ya que la mayoría de las creadas eran absolutamente dependientes del Gobierno. De hecho, las leyes creadoras reservaron al Gobierno la facultad para nombrar y destituir con absoluta discrecionalidad los cargos directivos, amén de la habitual inclusión de altos cargos del Ministerio al que están adscritos en los puestos de responsabilidad del Organismo autónomo.

Pero, de todas formas, sí se dieron en la historia de nuestra Administración casos de cierta independencia orgánica, como las Cámaras Oficiales, que nacen como en Francia con el etiquetaje de "establecimientos públicos", y otras funcionalmente independientes como las Reales Academias, Jurisdicciones Especiales, Tribunales de Defensa de la competencia.

10.- LOS SUPUESTOS DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA

Evidentemente, no todos los órganos que cita la Constitución, al margen del Poder Judicial y del Parlamento, pueden ser catalogados como Administraciones independientes. Así, el **Defensor del Pueblo** o el **Tribunal de Cuentas**, cuya función es precisamente la de controlar a la Administración y tiene una clara vocación de dependencia del poder legislativo por expreso mandato de la Constitución.

También hay que marginar del concepto de Administración independiente al **Consejo de Estado**, al que la Constitución se refiere como *supremo órgano consultivo del Gobierno*. Esta referencia nada dice respecto de su independencia o neutralidad. El Consejo de Estado, a pesar de que el Presidente es destituido discrecionalmente por el Gobierno, es un órgano independiente porque los Consejeros permanentes no pueden ser removidos de por vida ni los electivos en el plazo de 4 años.

Respecto al **Consejo Económico y Social** del art 131 de la Constitución, pudiera cuestionarse si es o no una Administración independiente. Dice el art 131: *"El Gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las CC.AA. y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones, se desarrollaron por Ley*. El carácter consultivo de este organismo descarta que se plantee su asimilación a las Administraciones independientes, que ordinariamente gestionan un servicio o ejercen funciones públicas con responsabilidad externa respecto de terceros.

Otras citas de la Constitución nos sitúan ya más cerca de las Administraciones independientes. Es el caso del art 36, al tratar de los **Colegios profesionales**, para los que impone una administración autogestionaria y democrática.

Otras referencias constitucionales son las siguientes:

– En el caso de las **Universidades**, la Ley de Reforma Universitaria, en cumplimiento del art 27.10 Constitución (*"se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca"*) atribuye el Gobierno de cada Universidad a diversos órganos: Claustro Universitario, Junta de Gobierno y Rector, todos ellos elegidos por la comunidad universitaria.

La autonomía de las Universidades ha llevado a crear una Administración independiente para el ejercicio de las competencias del gobierno y administración de aquéllas: el **Consejo de Universidades**, al que corresponden las funciones de ordenación, coordinación, planificación, propuesta y asesoramiento que le atribuye la Ley.

– Otro supuesto de organización autogestionaria lo constituye el **Consejo de la Juventud**, que pretende desarrollar el art 48 de la Constitución (*"los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural"*). El Consejo de la Juventud es un Ente con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que se concretan en el fomento del asociacionismo juvenil y en la colaboración con la Administración. En los órganos rectores de este organismo no hay ningún miembro designado por el Gobierno.

– Otro supuesto de Administración independiente que se pretende cobijar en una cita constitucional es el **Ente Público RTVE**, cuyas singularidades organizativas se intentan justificar en el art 20.3 de la Constitución: *"la Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social, dependientes del Estado o de cualquier Ente Público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad"*.

La intervención del poder legislativo en la organización y control de RTVE ha sido determinante, hasta el punto de que el Estatuto de Radio y Televisión de 1980 configura como órgano supremo del Ente al Consejo de Administración, formado por 12 miembros elegidos por mitad por el Congreso y el Senado. Por su parte, el Gobierno interviene a través de la designación de su Director.

Este resultado no es el querido por la Constitución, que obliga únicamente al respeto del pluralismo de la sociedad, lo que no es necesariamente incompatible con la dependencia de un servicio del Gobierno.

11.- administraciones independientes no previstas en la constitución

Si los casos del Consejo de la Juventud, y de RTVE constituyen a nuestro juicio interpretaciones contrarias a la Constitución, otras Administraciones independientes se han constituido sin mención a la Constitución y sin reparar si es o no constitucionalmente lícito que se sustraigan al Gobierno los poderes de nombramiento y remoción de los titulares de sus órganos de dirección.

– El **Consejo de Seguridad Nuclear** (creado por Ley 15/1980 22 de abril) con competencias en seguridad nuclear y protección radiológica, es un caso significativo de la pérdida de poder y responsabilidad gubernamental que se hace en beneficio del poder legislativo. Esta pérdida de poder se pone de manifiesto en la obligación de pasar por el Congreso de los Diputados desde el Estatuto por el que se regirá hasta las propuestas de designación y destitución de los Consejeros. Por otro lado, debe rendir cuentas de su actividad al Parlamento, no al Gobierno, de quien no recibe instrucciones, ni directivas.

– Otro supuesto claro de Administración independiente y en beneficio de la judicatura, y sin previsión constitucional expresa, lo constituye la **Administración Electoral**, organización sin personalidad jurídica, cuya misión es asegurar la objetividad de las consultas electorales. Está estructurada en Junta Central, Provinciales, de Zona o de Comunidad Autónoma. La junta Central está integrada en su mayoría por magistrados profesionales, en cuyo nombramiento no interviene para nada el Gobierno. Tiene poderes prácticamente onmímodos durante los procesos electorales.

– El **Banco de España**, al que la Ley otorga "*autonomía respecto a la Administración del Estado*". La autonomía consiste en la inamovilidad del Gobernador, Subgobernador y los 6 Consejeros que forman todos ellos el Consejo General del Banco. El Banco de España goza de garantías de independencia tales como la posibilidad de dictar normas precisas para el ejercicio de sus competencias –las conocidas como *circulares del Banco de España*, verdaderos reglamentos–.

– Al mismo modelo responde la **Comisión Nacional del Mercado de Valores**, creada por Ley 24/1988 de 28 de julio. A su Consejo le "*corresponde el ejercicio de todas las competencias establecidas en la Ley y las que le atribuyen el Gobierno y el Ministerio de Economía y Hacienda*".

– Con más razón puede considerarse Administración independiente al **Tribunal de Defensa de la Competencia**. Su Presidente y sus Consejeros son nombrados por el Gobierno por 6 años, renovables y sólo pueden ser destituidos por causas establecidas en la propia Ley de creación (art 21 de la ley 16/1989 de 17 de julio).

A pesar de la denominación de Tribunal no es un órgano jurisdiccional: otorga autorizaciones para determinadas prácticas restrictivas de la competencia y puede imponer importantes sanciones, lo que está al alcance de la mayoría de órganos de la Administración; pero, sobre todo, porque sus resoluciones son impugnables ante una instancia jurisdiccional, la jurisdicción Contencioso–Administrativa.

– La **Agencia de Protección de Datos** es asimismo una Administración que, además de ostentar personalidad jurídica propia y plena capacidad, *actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones*, relativas al uso de la informática y otras técnicas y medios 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 de independencia consiste en el nombramiento de un Director, entre las personas que integran el Consejo Consultivo, que sólo podrá ser cesado a petición propia o por acuerdo del Gobierno, previa instrucción de expediente, en el que serán oídos los restantes miembros del Consejo.

– También responde a la tipología de las Administraciones independientes la **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**, que se rige por sus propias normas, en cuanto aseguren su independencia funcional y

por las correspondientes a los Organismos públicos en todo lo demás. Tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y tiene por objeto salvaguardar las condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan. El Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros tienen un status de inamovilidad, pues sólo cesan en su cargo por renuncia, expiración de su mandato o por separación acordada por el Gobierno, previo expediente.

12.- PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

Los textos constitucionales españoles no fueron en el pasado muy explícitos sobre la dependencia de la Administración del Gobierno. Mucho más explícito, en cambio, es el art 97 de la Constitución, que refuerza y clarifica notablemente el papel constitucional del Gobierno, el cual *"dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes"*. Esta dirección implica, en principio, la libre designación y remoción de los titulares de los órganos directivos de toda la Administración Pública. Y solamente en este caso es exigible al Gobierno la responsabilidad política por un defectuoso comportamiento de la Administración. De otro lado, no existe ningún precepto constitucional que autorice al legislador a amputar esa plena capacidad de dirección y responsabilidad y que pudiera servir de coartada de irresponsabilidad para el caso de un defectuoso comportamiento.

Por otra parte, el Gobierno no puede excusar su responsabilidad sobre la Administración y los servicios públicos trasladándola a otro de los poderes del Estado. El Parlamento, tiene competencia para el ejercicio de la potestad legislativa (art 66.2), el control del Gobierno (art 66-67), y en todo caso, competencias tasadas para nombrar a los responsables de los poderes públicos, como ocurre con los miembros del Consejo del Poder Judicial (art 122), o los Magistrados del Tribunal Constitucional (art 159), y de aquellas otras instituciones que, por ser comisionados del Legislativo, como el Defensor del Pueblo (art 54), o depender directamente de las Cortes Generales, como el Tribunal de Cuentas (art 135), sus respectivas Leyes Orgánicas, con total congruencia, han atribuido a las Cortes la facultad de nombramiento de los titulares de sus órganos. Pero no la tienen, fuera de estos supuestos, para atribuirse o autoatribuirse por leyes ordinarias poderes de nombramiento o destitución de los gestores de otros organismos públicos. Además, esta competencia del Parlamento sobre nombramiento de cargos sería incompatible con la función de control del Ejecutivo que las Cortes tienen atribuida.

Tampoco vale utilizar el Poder Judicial, Consejo General y Cuerpo de Jueces y Magistrados para restringir la cuota de competencia y de responsabilidad que al Gobierno compete en la gestión de servicios y funciones públicas. Se opone a ello la manifiesta concreción de las competencias del Poder Judicial al ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art 117.3) y la prohibición de desempeñar cualquier otro cargo público mientras esté en activo (art 127). Ciertamente que el art 117.4 admite que los Jueces y Magistrados desempeñen además *"las funciones que se le atribuyan en garantía de cualquier derecho"*, pero esta salvedad no puede amparar el desempeño de funciones ejecutivas en detrimento de la independencia que deben tener.

Tampoco el principio de participación, recogido en el art 9.2 (corresponde a los poderes públicos () facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social) y en el 129 (la Ley establecerá las formas de participación de los interesados () en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general) de la Constitución, parece que pueda llevarse al extremo de considerarlo como un poder de dirección o gestión directa, sentando a los representantes de las instancias sociales o de los usuarios en los órganos de dirección de los servicios públicos.

TEMA 11.- LA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

1.- CARACTERIZACIÓN GENERAL

La Administración corporativa o Corporaciones no territoriales pueden definirse como asociaciones forzosas de particulares, creadas por el Estado, que, igualmente, les atribuye personalidad jurídica pública para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privados -de sus miembros, desempeñen funciones de interés general con carácter monopolístico, cuyo ejercicio se controla por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Administración corporativa, de la que forman parte, básicamente, en nuestro país los Colegios Profesionales y las Cámaras Oficiales (de Comercio, de la Propiedad, Agrarias, etc.), y dentro de la que hay razones para reclamar un lugar para las Federaciones Deportivas constituye el límite entre los entes públicos y los privados haciendo de frontera entre unos y otros; una frontera poco definitiva porque las Corporaciones, sobre un substrato asociativo, aunque forzoso, de carácter privado cumplen fines públicos de interés general, lo que se traduce en la aplicación de un régimen jurídico mixto, publico y privado.

La Administración corporativa constituye una auténtica descentralización funcional, ya que el Estado, que realmente crea estas organizaciones, no manda sobre ellas, ni dirige su actividad a través del nombramiento y cese de sus directivos, como en los Establecimientos públicos y OO.AA., sino que las Corporaciones públicas se gobiernan a través de representantes elegidos por sus miembros. Además, tampoco gravan las arcas del Estado, ya que -se autofinancian con las aportaciones de sus miembros.

Las Corporaciones se distinguen de las asociaciones privadas y de los sindicatos, en primer lugar, por el origen público de su constitución; en segundo lugar, en la obligatoriedad indirecta de la integración de sus miembros (si bien, la Ley no impone forzosa y directamente la incorporación de los miembros, ésta es un requisito sine qua non para el ejercicio de una determinada profesión); en tercer lugar, otro dato diferencial es el carácter monopolístico de las Corporaciones (no cabe más que una organización corporativa para englobar a los miembros de un determinado colectivo), frente al pluralismo de las asociaciones y sindicatos.

Consecuencia de estos elementos de Derecho público (asignación de fines públicos, creación por un acto de poder, obligatoriedad de pertenencia y organización monopolística) y de la subsistencia de elementos privados (defensa de los intereses privados de sus miembros, sostenimiento económico a cargo de ellos), a las Corporaciones se las dota de un régimen jurídico mixto, en que lo esencial de su actividad, es decir, la relacionada con sus fines y la relativa a su estructura orgánica se somete al Derecho público; pero ni sus medios, ni su personal, ni sus contratos, ni sus bienes, etc. son públicos.

2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

- Aparecen en Francia en la época medieval, en Italia y España, ya entrado el siglo XII como reacción ante el feudalismo. Los *gremios* sirven a la causa de la libertad frente al feudalismo.
- Del carácter voluntario se pasa a la obligatoriedad para ejercer cualquier profesión u oficio. Se consolida el gremio.
- Las Corporaciones van a chocar en la Edad Moderna con el Estado absoluto primero y con los postulados de la Revolución Francesa, después, llegando incluso a ser descalificados por el *Edicto de Turgot* (1776).
- En España se eliminan las Corporaciones medievales también en el siglo XVIII, labor que se consolida durante el siglo XIX con la Constitución de Cádiz, en sus dos etapas de vigencia.
- Pese a estas prohibiciones, la Administración corporativa renace lentamente a través de creaciones singulares, en Francia (Cámaras de Comercio, autorizadas en 1802 por Napoleón), siendo imitado después por España, e Italia a finales de siglo.
- También surgirán los Colegios profesionales durante el siglo XIX (Colegios de Abogados en 1838).
- En este siglo, bajo las formas autoritarias conocidas, la Administración corporativa será potenciada al máximo, no sólo permitiéndose sino imponiéndose forzosamente, y estatalizándose como alternativa a la prohibición de un sindicalismo libre y plural.

- Durante el régimen de Franco, el corporativismo se extendió al sindicalismo, creando sindicatos verticales, es decir, Corporaciones representativas de todo un ramo o sector productivo que tuvieron representación política municipal, provincial y nacional. Las Cámaras de Comercio y los Colegios profesionales mantuvieron su estructura anterior.

4.- DELIMITACIÓN, NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

En el Derecho español las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y de la Propiedad urbana fueron excluidas de la aplicación de la LEEA. Más adelante, las Cámaras y los Colegios profesionales fueron incluidos en el término Corporaciones Públicas, utilizado por la LJC-A para definir a la Administración Pública.

Vamos a analizar los rasgos característicos del régimen jurídico de las Corporaciones públicas.

En primer lugar, en el **régimen jurídico** de las Corporaciones se perciben sus dos elementos: **públicos** (creación por acto de poder, ejercicio de funciones públicas de atribución directa o delegadas por el Estado o Comunidad Autónoma) y **privados** (base social privada, autogestión, sostenimiento económico por los miembros, ciertos fines privados), lo que da lugar a un régimen jurídico mixto no siempre bien delimitado.

En segundo lugar, en materia de **fuentes**, es de aplicación, en primer lugar, la norma creadora de cada tipo de Corporación (norma de origen estatal o autonómico); en segundo lugar, las propias normas de la Corporación (con origen en el propio Ente); en último término serán de aplicación los principios generales del Derecho administrativo, más que las Leyes administrativas, salvo reenvío expreso.

En tercer lugar, el **Derecho público** (normas y sometimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) será de aplicación:

- En todo lo referente a la constitución de sus órganos y aplicación del sistema electoral propio.
- En los supuestos de ejercicio de funciones delegadas, en los que habrá un control por parte de la Administración del Estado o autonómica.
- Cuando las Corporaciones actúan competencias en torno a los fines 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, organización de servicios para los miembros, actividad certificante y otras funciones análogas.

Por el contrario, y en cuarto lugar, la sujeción al **Derecho privado** (y consiguientemente a la Jurisdicción civil) tendrá carácter residual, es decir, el régimen de sus empleados (trabajadores, no funcionarios), sus contratos (civiles, no administrativos), régimen de sus bienes (privados, no públicos).

En quinto lugar, está la **legitimación** para impugnar los actos o disposiciones del Estado o de las CC.AA. a cuyo control o tutela esté sujeta la Corporación, posibilidad que es inadmisibles.

Finalmente, en cuanto a las **relaciones de tutela**, no existen reglas generales, por lo que hay que atender a las normas constitutivas de cada Corporación para ver los actos de las mismas sujetos a aprobación del Estado, los poderes de éste para intervenir en el gobierno de aquélla, etc.

5.- LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Los Colegios profesionales son en nuestro Derecho el ejemplo más típico de los Entes corporativos. En ellos se dan las notas más significativas de este tipo de entidades: intereses homogéneos entre sus miembros, necesidad primordial de organizar y ejercer la potestad disciplinaria sobre una profesión y, por último, mayor

representatividad de la organización resultante.

En la base y el fundamento de los Colegios profesionales está la idea de que el ejercicio de determinadas profesiones, para las que se requiere una aptitud garantizada por una titulación estatal, debe condicionarse bien a una autorización y disciplina específica, que el Estado transfiere a las Corporaciones, o bien a una concesión y régimen disciplinar que el Estado administra directamente. El primer modelo es el existente en Francia, Italia y en nuestro país, mientras que el segundo es el que se da en Alemania.

La **Ley de Colegios profesionales de 13 de Febrero de 1974**, los define como *Corporaciones de Derecho público, amparados por Ley y reconocidos por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines* (art 1.1).

Vamos a analizar sus características más notables siguiendo el articulado de la Ley de 13 de Febrero de 1974.

Los **finés** a que se refiere el art 1.1 se enumeran en el art 1.3: *la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados*.

El art 4 se refiere a la **creación** de los Colegios profesionales, exigiendo la necesidad de creación *mediante Ley, a petición de los profesionales interesados*. Dentro ya de cada organización profesional, la fusión, absorción, segregación y disolución de los Colegios profesionales será promovida por los propios Colegios, de acuerdo con lo dispuesto en sus Estatutos.

El art 5 dedica una larga lista a las **funciones** de los Colegios profesionales, funciones que se pueden resumir en funciones de colaboración con la Administración, de ordenación deontológica, regulación de honorarios, disciplina profesional y asistencia social a sus miembros.

La mayor **autonomía** que esta Ley otorga a los Colegios profesionales supone de pasar de la anterior subordinación a un Ministerio a configurar a éste como simple órgano a través del cuál se relacionan los Colegios con la Administración Pública. Consecuentemente, los actos de los órganos de los Colegios son directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art 8).

En materia de **organización**, la Ley establece que los Colegios profesionales se organizan en ámbitos territoriales de distinta extensión, provinciales o regionales, existiendo en estos casos un **Consejo General**, inexistente cuando el Colegio tiene ámbito nacional. El Consejo General tiene unas funciones establecidas en el art 9: la elaboración de los Estatutos Generales de la Profesión, así como los Estatutos de los Colegios y visar los Reglamentos de régimen interior de los Colegios; la resolución de los conflictos entre los Colegios, etc.

Como reglas de fondo, la Ley establece, por un lado, la **prohibición de numerus clausus** al señalar que *quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda*, y, por otro, el **principio de colegiación obligatoria**: *es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente* (art 3).

6.- LAS CÁMARAS OFICIALES, EN ESPECIAL LAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN

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.

La regulación de las Cámaras se inicia a finales del siglo XIX y culmina con la **Ley de 22 de marzo de 1993**,

Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que las define 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* (art 1.1).

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 las empresas que ejerzan las indicadas actividades, sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial (art 1.2)

El art 2 dedica una larga lista a las **funciones** de las Cámaras. Entre ellas:

- Expedir certificados de origen y demás certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil.
- Recopilar los usos y costumbres mercantiles y de los negocios.
- Proponer al Gobierno medidas para el fomento del comercio, la industria y la navegación.
- Tramitar programas públicos de ayudas a las empresas.
- Desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional.

En cualquier caso, de todas las actividades que las Cámaras pueden llevar a cabo y a las que se les asigna el carácter de públicas, la Ley pretende destacar la elaboración y ejecución del *Plan Cameral de Promoción de las Exportaciones*, regulado en los arts 3 y 4.

Las Cámaras cuentan, como **recurso permanente**, con una exacción del 2% sobre la cuota del IAE y otra del 2 sobre los rendimientos del IRPF o, en su caso, del 0,75% 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. El órgano supremo de la Cámara es el Pleno, que se forma por vocales elegidos por sufragio y otros –entre el 10% y el 15%– entre personas de reconocido prestigio en la vida económica. El Pleno elegirá entre sus miembros a los de su Comité Directivo y un Presidente que representará la Corporación. También se establece el Consejo Superior de Cámaras que estará formado por los Presidentes de todas las Cámaras más 8 miembros elegidos entre miembros de Cámaras o personas de reconocido prestigio en la vida económica del país.

Los **actos y acuerdos** de las Cámaras de Comercio están sujetos al Derecho administrativo y, por ello, son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta sumisión al Derecho público lo es sin perjuicio de la actividad posterior a esos actos o acuerdos, que se regirá por el Derecho privado.

Todo el **personal** de las Cámaras está sujeto al Derecho laboral. Es atípico el caso del Secretario General de la Cámara, ya que su nombramiento debe hacerse a través de un concurso público, regulándose sus competencias de forma análoga a los Secretarios de la Administración Local.

La **tutela** sobre las Cámaras corresponde a las CC.AA. que tengan transferida esta competencia, reservándose el Estado la tutela de las Cámaras en lo relativo al comercio exterior. La tutela comprende el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución.

7.- OTRAS CÁMARAS OFICIALES

Siguiendo el modelo de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las **Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana** fue-ron creadas como asociaciones privadas de afiliación voluntaria a principios del siglo XX, experimentando después una profunda transformación hasta llegar al Reglamento General aprobado por R.D. de 2/6/1977. Las distintas disposiciones reguladoras establecieron la inscripción obligatoria de todo propietario de fincas urbanas, el cual debía cotizar una cuota que se recaudaba con -la contribución del inmueble.

Son **funciones** de estas Cámaras, 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 cuanto al ejercicio de las funciones que afecten a la propiedad urbana. Estos fines se cumplen por medio de unos servicios a los que el Reglamento otorga el carácter de obligatorio (asesoramiento jurídico, información urbanística) o voluntario (administración de fincas urbanas, reparaciones, créditos blandos a los propietarios).

Las normas sobre organización e impugnación de sus actos son análogos a las de las Cámaras de Comercio.

Actualmente las Cámaras de la Propiedad están en fase de extinción. Primero se suprimió la exacción Cuota de la Cámara de la Propiedad Urbana, después se suprimió la obligatoriedad de la afiliación y, por último, la Ley de Presupuestos de Estado para 1990 terminó por suprimir las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, determinando que quedan suprimidas como Corporaciones de Derecho público, y facultando al Gobierno para que establezca el régimen de destino del patrimonio y personal de las mismas.

Responden al mismo tipo cameral las **Cofradías de Pescadores**, reguladas por el R.D. 60/1978, de 11 de marzo, y las **Cámaras Agrarias**, nacidas en 1880, que durante la época franquista fueron englobadas en el sindicalismo oficial y, que se encuentran reguladas por R.D. de 2 de junio de 1977 que las definió como *Corporaciones de Derecho público que se constituyen como órganos de consulta y colaboración con la Administración bajo la tutela del Ministerio de Agricultura*". Pero con posterioridad la Ley 23/1986 de 24 de diciembre, aprueba las bases de su régimen jurídico en términos poco claros, y en todo caso, de ruptura con el régimen de 1977.

La Ley nada dice sobre la obligatoriedad de la incorporación de los agricultores a las Cámaras, rasgo fundamental en toda la Administración corporativa, siendo, por tanto, voluntaria su adscripción. Tampoco resuelve el problema de la financiación con las cuotas de los miembros, y lo que sí prevé como ingreso normal son las subvenciones a cargo del Estado y de las CC.AA.

8.- LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS

En el ámbito deportivo ha surgido también una vasta y poderosa Administración corporativa, fruto de la creciente intervención estatal. Las circunstancias que han determinado la presencia pública en el ámbito deportivo son varias: la más destacable posiblemente sea la importancia que ha adquirido el espectáculo deportivo, con competiciones nacionales e internacionales que sólo pueden -organizarse eficazmente desde instituciones tuteladas por el Estado y, a su vez, dotadas de poderes públicos.

La técnica que ha resultado más adecuada para la intervención del Estado ha sido la técnica corporativa, que encarnan las distintas Federaciones, y en las que se integran clubes y deportistas, así como organismos burocráticos que tutelan a las propias Federaciones.

En España ésta técnica corporativa ha tenido reflejo en la Ley de Educación Física y Deporte del 31 de marzo de 1980, así como la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990, actualmente vigente.

El Estado interviene en el deporte a través del Consejo Superior de Deportes, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Ciencia, desde el que se tutela esa Administración corporativa, y cuya pieza central son las Federaciones, con régimen jurídico muy parecido a los Colegios profesionales, pero en la vertiente deportiva.

El primer aspecto que hay que destacar es el mismísimo concepto de Federación que da la Ley del Deporte: *las Federaciones Deportivas Españolas, son Entidades privadas*. Aunque se dice privadas, del análisis de sus atributos se ve claramente que estamos ante un Ente de carácter público. Efectivamente, la Ley regula las Federaciones como si de Entes públicos corporativos se tratase y, por ello, con arreglo a los principios de

creación legal, obligatoriedad y monopolio, impredecibles de las asociaciones privadas. Así:

- La **creación y extinción** de las Federaciones se producen por resolución motivada del C.S.D.
- La **obligatoriedad** de la pertenencia para la práctica profesional del deporte es asimismo incuestionable: *para la participación en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de una licencia deportiva expedida por la correspondiente Federación Española* (art 33).
- Conforme al principio del **monopolio**, no puede constituirse más que una Federación por cada modalidad deportiva.

También se les aplica el principio de que han de ajustar su estructura interna y funcionamiento a principios democráticos y representativos.

De otro lado, las Federaciones Deportivas están sujetas a una intensa tutela del C.S.D.

Su **régimen patrimonial** esta asimismo sujeto a un control riguroso. Así, no podrán aprobar presupuestos deficitarios, ni destinar bienes a actividades comerciales o industriales; se deben someter a auditorías financieras; en caso de disolución, su patrimonio neto se destinará a finalidades análogas.

Las Federaciones tienen **competencias** indudablemente públicas: elaborar los reglamentos deportivos; regular y organizar las competiciones oficiales; desarrollar labores de formación de técnicos; y, sobre todo, ejercer la potestad disciplinaria.

Particular interés reviste la regulación de la **disciplina deportiva**. Pueden sancionar a todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica (deportistas, clubes, técnicos, directivos), extendiendo la competencia a las infracciones reglamentarias de las normas de juego y a las demás normas deportivas (conducta deportiva).

Las **sanciones** que se impongan por las Federaciones Deportivas son recurribles ante el Comité de Disciplina Deportiva, agotándose la vía administrativa. Este órgano está adscrito al C.S.D. y actúa con independencia, si bien sus miembros son designados por éste. Sus decisiones se ejecutan por las Federaciones y contra las decisiones de éstas no cabe recurso administrativo alguno, aunque sí, y aunque la Ley no lo diga, el contencioso-administrativo en aplicación del art 24 de la Constitución, que consagra, sin excepciones, el derecho a la tutela efectiva.

TEMA 12.- LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA Y DE CONTROL

1.- PROBLEMAS GENERALES Y CLASES DE ÓRGANOS CONSULTIVOS

Los órganos con competencias resolutorias, órganos activos, necesitan del apoyo técnico de otros para preparar sus decisiones, desarrollándose la actividad consultiva a través de diversas técnicas.

En la actualidad se observa que el hecho de solicitar consultas y asesoramientos por parte de los órganos activos está originando una cierta paralización de la acción administrativa. En efecto, la resistencia a tomar decisiones, las maniobras dilatorias (por ej. , la creación de comisiones) y la lentitud son efectos indiscutibles de las administraciones contemporáneas. Esta, en parte, es consecuencia del miedo a tomar decisiones, razón por la cuál se solicitan un sinnúmero de estudios e informaciones.

Entre las técnicas consultivas clásicas destaca la **colegialidad**, basada en el principio de que *deliberar y juzgar es función de muchos y ejecutar es función de uno solo* y en el de separación entre órganos activos y consultivos.

La estructura consultiva suele implicar un cierto distanciamiento entre los dos órganos, que se comunican a través de un procedimiento formalizado. La petición de la consulta y el dictamen se producen por escrito, incorporándose al expediente administrativo en el que se han producido. Así funciona el Consejo de Estado.

Muy distintos son los órganos consultivos de apoyo inmediato que asesoran a los órganos activos sin seguir un procedimiento formalizado y de los que son un simple instrumento sin relevancia externa. En estos casos, tanto la petición como el informe o dictamen puede realizarse oralmente o por escrito y tampoco es obligada su incorporación al expediente. Aunque se compongan de varias personas, no son órganos colegiados sino órganos con dependencia jerárquica (un jefe y varios subordinados) en los que tampoco se producen votaciones para crear la decisión. Así funcionan los Estados Mayores en la Administración Militar y los Gabinetes de los Ministros en la Administración Civil.

Hay un tercer grupo de órganos consultivos, que tiene características de los dos anteriores, como ocurre con las Secretarías Generales Técnicas y las Asesorías Jurídicas o Abogacías del Estado. En algunos casos la asistencia que prestan (oral o escrita) no se incorpora al expediente; en otros, la forma escrita es requerida preceptivamente por una norma, por lo que se deberá dejar constancia de su emisión en el expediente.

Los órganos consultivos no acaban en los aquí enumerados. Existen un gran número de comités, juntas, gabinetes, etc. en todos los niveles de la Administración central y periférica, con funciones consultivas.

2.- EL CONSEJO DE ESTADO

A) El prototipo. El Consejo de Estado francés

El Consejo de Estado nace en Francia con la Constitución del año VIII. Esta institución habría de tener un éxito inmediato a lo largo del siglo XIX en los países europeos continentales que importan esa figura (España, Italia, Bélgica), y, en la actualidad, su generalización ha tenido lugar a escala mundial por cuanto modelos similares de Consejo de Estado se dan en otros continentes (Japón, Colombia, etc.). Esta pieza tan singular ha deslumbrado a los legisladores de otros países que han incorporado esta institución a su sistema de Derecho público. Así ocurrió, efectivamente, en el nuestro.

Sobre sus **orígenes**, debe recordarse que Napoleón pretendió –y logró– la creación de un órgano formado por personas expertas en las más diversas ciencias y técnicas relacionadas con el que-hacer público estrechamente vinculado a su persona, a modo de los Estados Mayores de los Ejércitos, en cuyo seno pudie-ran discutirse, sin seguir un procedimiento formalizado, los grandes asun-tos de Estado. Pretendió, además, que este órgano entendiera juris-diccionalmente de las controversias jurídicas en que fuera parte la Admi-nistración Pública, a fin de evitar la intromisión de los Tribunales de Justicia, y con la misma intención le atribuyó competencia para dar o negar la necesaria autorización a fin de que los Tribunales pudieran encausar a los funcionarios públicos, creando a todos estos efectos, en 1806, dentro del Consejo, la Comisión de lo Contencioso.

La **composición** del Consejo comprendía un Secretario General y los Consejeros nombrados y separados libremente por el Emperador, ini-cialmente 30 y después 40. Al Consejo asistían también los Ministros. El Consejo, como los Estados Mayores, se dividió en secciones (legislación, finanzas, guerra, marina e interior). Posteriormente aparecen los funcionarios integrantes del Consejo.

En cuanto al **funcionamiento** del Consejo, y desde sus orígenes, hay que distinguir la función consultiva de la jurisdiccional: en la primera, como se ha dicho, no hay formalidades, sino discusión abierta de las cuestiones, sin que pueda darse publicidad ni al contenido de éstas ni a los informes en el caso de que se materialicen por escrito. En la función jurisdiccional contenciosa se instruyen expedientes y la decisión final es, obviamente, pública.

En la actualidad, las formaciones y la función consultiva del Consejo siguen respondiendo a la misma

filosofía. Sin embargo, la función jurisdiccional sufrirá un importante cambio en 1872. A partir de esa fecha, el poder de decisión se atribuye directamente al Consejo. Pero la conquista de la independencia en la función contenciosa se vio contrapesada, en 1874, con la creación de un Tribunal de Conflictos, perdiendo entonces el Consejo de Estado la función de decidir las cuestiones de competencia que se suscitaban entre la Administración y los Tribunales y que hasta entonces tenía atribuidas.

B) La recepción del modelo francés y su evolución

Un Consejo de Estado que responde fielmente al modelo napoleónico se diseña en la Constitución de Bayona. Presidido por el Rey se compone de 30 consejeros como mínimo y 60 máximo.

Como en Francia, el Consejo no tiene voto sino consultivo y sus funciones son las de preparar los proyectos de leyes civiles y criminales y los reglamentos generales de Administración Pública, conocer de las competencias de jurisdicción entre los Cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa de la Administración, y de la citación a juicio de los empleados de la Administración Pública.

Muy distinto es el Consejo de Estado que se diseña en la Constitución de Cádiz. Característica fundamental es su desvinculación de la Administración activa. Las funciones del Consejo de Estado gaditano son puramente políticas de asistencia al Rey, siendo el único órgano de consulta en los asuntos graves gubernativos. Es al mismo tiempo limitador de la potestad regia en ciertos nombramientos relativos a la presentación de los beneficios eclesiásticos y la provisión de las plazas de judicatura, correspondiendo al Consejo presentar al Rey las correspondientes temas.

Por razones históricas de sobra conocidas, tanto el Consejo de Estado de Bayona, como el previsto en la Constitución de Cádiz, abortaron prácticamente antes de dar frutos positivos. Fernando VII restableció el Consejo de Castilla y las demás instituciones del Antiguo Régimen, y sólo a finales de la década de 1830 y 1840 vuelve a plantearse la necesidad de un órgano según el modelo francés.

Al fin se instaura con el nombre de Consejo Real el modelo francés de Consejo de Estado en la legislación de 1845. La influencia del Consejo de Estado francés en el diseño de este Consejo Real resulta evidente en su organización y funciones, sobresaliendo entre ellas las relativas al ejercicio de la *potestad reglamentaria*, *cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales*, y entre Ministerios, autoridades y agentes de la Administración, recursos de abuso de poder o de incompetencia que elevasen al Gobierno las autoridades del orden judicial contra las resoluciones administrativas, *sobre la autorización necesaria para procesar a las autoridades y funcionarios*; por último, el Consejo de Estado debía ser oído en la *resolución final de todos los asuntos contencioso-administrativos*.

La atribución de estas competencias al Consejo de Estado tuvo una importancia política de primer orden. A través de un simple decreto se atribuyen al ejecutivo competencias clave que habrían de marcar decisivamente su predominio sobre las Cortes y los Tribunales. Sin más cortapisas que la de una simple audiencia del Consejo, el Ejecutivo se vió investido de competencias de gran importancia sobre amplias materias.

Con la Restauración Monárquica se atribuyó otra vez al Consejo de Estado y al Gobierno la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero esta atribución habría de sufrir una importante modificación con la aprobación de la *Ley Santamaría de Paredes sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888*, que instaura en nuestra patria un sistema en el que los Tribunales Contencioso-administrativos se habían de componer con personal procedente de las carreras administrativas y judicial. El órgano supremo de esta nueva jurisdicción sería el Tribunal de lo Contencioso-administrativo integrado en el Consejo de Estado, hasta que la Ley de 5 de abril de 1904 le sustrae toda la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa y la traspaşa definitivamente al Tribunal Supremo.

La Dictadura de Primo de Rivera por Real Decreto de 1924 amplió el número de Consejeros con

representantes de las Corporaciones en un intento de darle, de acuerdo con los principios de aquel sistema político, una base corporativa. La Segunda República, al igual que la Primera, no vio con buenos ojos al Consejo de Estado hasta el punto de que declaró disuelto el Pleno y trasladó sus competencias a la Comisión Permanente; además la audiencia deja de ser obligatoria y pasa a ser facultativa.

C) Pérdida de las competencias judiciales y separación de la Administración activa

Tras la guerra civil, el Consejo de Estado se restablece con un Pre-sidente y seis Consejeros permanentes en 1940 (Ley de 10 de febrero).

Por la Ley de 25 de noviembre de 1944, reglamentada por Decreto de 13 de abril de 1945, el Consejo de Estado se vio inicialmente investido de la competencia para informar los recursos que se suscitaban en materia de personal, siguió dictaminando los conflictos de atribuciones entre órganos administrativos y las cuestiones de competencias entre la Administración y los Tribunales (Ley de 17 de julio de 1948) y, después, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se exigió su dictamen favorable para la anulación de los actos declarativos de derecho. En todo caso, lo más significativo en esta fase es que el afianzamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, desde 1956, como un orden judicial ordinario, va a suponer la pérdida definitiva, incluso de toda esperanza, de recobrar su carácter jurisdiccional.

Desde el punto de vista orgánico se produce, sin embargo, la ruptura y separación del Consejo de la Administración activa, aplicándose también en esto el modelo francés. En adelante, ni lo presidirá el Presidente del Consejo de Ministros o el Jefe de Estado, ni los Ministros formarán parte de él. Pero esta separación no implicó una independencia real ya que, a través de Consejeros, la influencia del Ejecutivo sobre el Consejo era prácticamente total.

D) El Consejo de Estado en la Constitución de 1978. Su naturaleza

El Consejo de Estado pudo haber sido silenciado por la Constitución de 1978. Imposibilitada la vuelta atrás por el principio de unidad judicial, que impedía atribuirle de nuevo funciones judiciales como en sus orígenes decimonónicos, y por el principio democrático de plena responsabilidad del Gobierno en la función ejecutiva y ejercicio de la potestad reglamentaria, la lógica constitucional llevaba a la supresión del Consejo de Estado. Sin embargo, el Consejo de Estado salvó su vida y aseguró su continuidad institucional fundamentalmente porque los Constituyentes de 1978 lo configuraron como «*supremo órgano consultivo del Gobierno*» (art 107).

En todo caso, la caracterización del Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno ha quedado asegurada por la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1980, que lo configura como órgano consultivo, con separación orgánica del Gobierno, pero cuyos miembros son todos en su inmensa mayoría de nombramiento gubernamental.

Ahora bien, esta separación orgánica en el sentido de que no lo preside el Presidente del Gobierno, pues tiene uno propio, ni forman parte de él los Ministros más el carácter preceptivo o en algunos casos vinculante de sus dictámenes, permiten cuestionar sobre su naturaleza, es decir, plantear la cuestión de si el Consejo de Estado es un órgano consultivo o si se trata más bien de un órgano de control.

La calificación como órgano de control parece la más adecuada en el sentido de que la intervención del Consejo del Estado no parece impuesta por la necesidad del asesoramiento técnico que sus dictámenes puedan comportar, sino con una finalidad cuasi-fiscalizadora, orientada a que el Gobierno y la Administración sigan en esas materias el parecer del Consejo de Estado, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición de informe, o sufran una cierta desautorización aunque la decisión contraria a la consulta es válida si el Gobierno o la respectiva Administración deciden en contra de la opinión de aquél.

Además, cuando el informe del Consejo de Estado no sólo es preceptivo sino también vinculante no cabe más decisión válida que la que es conforme con su opinión.

La caracterización como órgano de control, pese al apelativo de consultivo, se desprende asimismo de las garantías de que se le inviste, que son las propias de los órganos judiciales *«ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia»* y por la finalidad de sus intervenciones *«se velará por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico»* propias también de aquéllos.

El control que ejerce el Consejo es básicamente jurídico pero puede extender sus opiniones a la oportunidad y conveniencia de los proyectos de disposiciones y resoluciones que se le consultan *«cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines»*.

Ahora bien, si el Consejo de Estado controla, más que auxilia y asesora, al Gobierno y a otras administraciones públicas es normal que el ejecutivo trate a su vez de controlar en lo posible su funcionamiento. Para esto dispone de la facultad de nombramiento de su Presidente, de los Consejeros permanentes y electivos.

Fuera de las materias en que es preceptivo su dictamen, el Consejo de Estado actúa como órgano consultivo en cualquier asunto que lo estime oportuno el Gobierno, los Ministros o las Comunidades Autónomas. Esta vía se utilizará normalmente, más que por la real necesidad de la asistencia técnica, para supuestos en que el órgano consultante desee reforzar o descargar parte de la responsabilidad de su decisión en la *auctoritas* institucional del Consejo.

Por último, el art 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha convertido al Consejo de Estado en órgano decisorio de las competencias entre la Administración y los Tribunales. El Consejo, convertido en un órgano paritario de dos Magistrados del Tribunal Supremo y tres Consejeros Permanentes, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo con voto de calidad, va a participar directamente a través de estos Consejeros en la toma de decisiones sobre conflictos de jurisdicción que se imponen al Gobierno y a las Administraciones Públicas, adquiriendo así sobre ellas y los Tribunales una dimensión de superioridad política y jurídica, que tampoco se corresponde con su caracterización como órgano consultivo del Gobierno.

E) Composición

Además del Presidente, nombrado libremente por el Consejo de Ministros sin exigencia de cualificación profesional alguna, el Pleno del Consejo se compone de los Consejeros Permanentes, Consejeros Natos, Consejeros Electivos y el Secretario General.

Los **Consejeros Permanentes** constituyen el elemento estable y profesional del Consejo, y les corresponde la Presidencia de las 8 Secciones en que se divide el Consejo, y junto con el Presidente y el Secretario General forman la Comisión Permanente. Curiosamente los Consejeros Permanentes son los titulares de cargo público más protegidos de todo el Estado, pues son nombrados por el Gobierno con carácter inamovible sin límite de tiempo. Esta garantía de independencia resulta excesiva si se compara con la limitación temporal en cargos estatales necesitados por su función de una superior estabilidad, como los Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Los **Consejeros Electivos** son nombrados también por el Gobierno por un período de cuatro años, entre personas que han ostentado cargos relevantes en cualquiera de los poderes del Estado (Diputados, Senadores, Ministros, Presidentes de Autonomías, Embajadores, Rectores de Universidad, Magistrados del Tribunal Constitucional, etc.).

Son **Consejeros Natos** los que ostentan determinados cargos públicos que, con excepción del Presidente del Consejo General de la Abogacía y de los Presidentes de las Reales Academias (Española, Ciencias Morales y Políticas, y Jurisprudencia y Legislación) son, como los anteriores, de nombramiento gubernativo (Fiscal General del Estado, Director General de lo Contencioso, Presidente de la Comisión General de Codificación, Director del Centro de Estudios Constitucionales).

El Consejo de Estado está asistido por el **Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado**. De entre los Letrados se nombra el Secretario General del Consejo.

F) Competencias

El Consejo de Estado debe emitir informes en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o los Ministros o las CC.AA. a través de sus Presidentes. Asimismo, el Pleno o la Comisión Permanente podrán elevar al Gobierno propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera.

Pero las más importantes competencias son las de informe preceptivo en las que, como se ha dicho, el Consejo de Estado actúa como órgano de control jurídico, distinguiendo la Ley Orgánica las que debe emitir el Pleno de las que correspondan a la Comisión Permanente.

El **Pleno** deberá ser consultado sobre materias que se refieren al *ejercicio de la función legislativa y reglamentaria*, como sobre los proyectos de decretos legislativos, es decir, los que desarrollan una Ley de Bases, anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales, y ante-proyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo de Estado.

Asimismo el Pleno deberá informar en materia de *relaciones inter-nacionales* sobre las dudas o discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte, acerca de los problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de Organizaciones internacionales o supranacionales y sobre las reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional. También deberá informar sobre las transacciones judiciales y extrajudiciales acerca de los derechos de la Hacienda Pública y para sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto a las mismas, sobre la separación de Consejeros Permanentes, y sobre los asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión (art 21 LO del Consejo de Estado).

La realidad es que la función ordinaria del Consejo de Estado se canaliza a través de las competencias que tiene asignadas la Comisión **Permanente**, y que en número de diecinueve asuntos se relacionan en el artículo 22. Sobresalen aquellas cuestiones que tienen relación con el control de la potestad reglamentaria que se ejercite en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales o en ejecución de las Leyes, así como de sus modificaciones.

También deberá informar la Comisión Permanente sobre determinados supuestos de relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas, como los anteproyectos de Ley Orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas; control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas, e impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo o posterior a la interposición del recurso. En este último caso el Gobierno acordará en la misma sesión interponer el recurso y formular la consulta.

También se asignan a la Comisión Permanente las tradicionales com-petencias consultivas sobre los conflictos de atribuciones entre los dis-tintos Departamentos ministeriales; sobre nulidad, interpretación y reso-lución de los contratos y concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del contratista; concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito; y concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados.

A la Comisión Permanente se atribuye asimismo y con carácter resi-dual todo asunto en que se diga que debe consultarse a la Comisión Permanente o al Consejo y no se atribuya la consulta al Pleno.

G) Funcionamiento

Corresponde a las Secciones preparar el despacho de aquellos asuntos en que hayan de entender el Pleno o la Comisión Permanente y a esta última desempeñar la ponencia de todos los asuntos en que el Consejo en Pleno haya de entender. El Consejo puede solicitar directamente al órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antece-dentes, informes y pruebas estime necesario, incluso con el parecer de los Organismos o personas que tuvieren notoria competencia en las cues-tiones relacionadas con los asuntos sometidos a dictamen.

Ante el Consejo se articula un trámite de audiencia en favor de los interesados en los respectivos expedientes sometidos a consulta. La audiencia se concederá en todo caso cuando en la consulta esté directamente interesada una Comunidad Autónoma, y así lo manifieste.

La regla del secreto sobre el contenido de las deliberaciones y de los términos de la votación se impone a todos los miembros del Consejo y personal auxiliar en todo tiempo y sobre las propuestas y acuerdos únicamente mientras no estén resueltos.

En cuanto a los **dictámenes**, no son vinculantes salvo que la ley dis-ponga lo contrario. Ahora bien, se establece una limitación y una carga formal para disentir del informe del Consejo de Estado.

La limitación afecta a los Ministros, quienes pierden la competencia en favor del Consejo de Ministros para resolver aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del dictamen de aquél. Si el Ministro resuelve por sí mismo es obvio que su acuerdo estaría afectado de un vicio de incom-petencia jerárquica.

La carga formal, cuya inobservancia, por otra parte, no tiene ninguna Sanción o relevancia jurídica, consiste en que en los casos de disentimiento el órgano que ha solicitado la consulta debe hacer constar en la resolución que ésta se adopta «*oído el Consejo de Estado*», lo que equivale a decir que no se ha seguido su opinión.

Por último, y para asegurar en todo caso la preeminencia del Consejo sobre cualquier otro órgano de análogo o similar carácter, se impone la regla de que en los asuntos que éste hubiera dictaminado no podrán remitirse después a informe de ningún otro Cuerpo u órgano de la Admi-nistración del Estado y en los que hubiera dictaminado la Comisión Per-manente sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno.

3.- LOS CONSEJOS ECONÓMICOS: EL CONSEJO DE PLANIFICACIÓN Y EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

La paulatina reducción de la función consultiva del Consejo de Estado a los aspectos jurídicos, juntamente con el aumento creciente de las esferas de intervención económica de la Administración y la complejidad de las nuevas tareas, han originado la creación de otros órganos consultivos de carácter especializado.

Los **Consejos Económicos y Sociales** responden, sin duda, a ideas corporativistas y a la necesidad de dar

audiencia y participación en las tareas del Estado a los diversos grupos representativos de intereses eco-nómicos y sociales que, como tales, no tienen acceso en los países de democracia directa a los órganos legislativos, ni a los de la Administración de carácter electivo.

Muy diverso de estos Consejos fue el Consejo de **Economía Nacional**, creado por Ley de 4 de junio de 1940, y estructurado por Decreto de 13 de septiembre de 1957. Se trata de un órgano administrativo especializado en economía, sin carácter repre-sentativo alguno, por cuanto tanto su Presidente como el Secretario Gene-ral y Vocales Consejeros eran nombrados directamente por el Jefe de Estado. Su competencia era con-sultiva, investigadora de la realidad económica y coordinadora de orga-nismos relacionados con su actividad. Preceptivamente debía ser con-sultado sobre los planes económicos, las directrices de la política mone-taria, comercio exterior, salarios y seguros sociales, reformas del sistema tributario, ordenación del comercio exterior, planes hidráulicos, ferro-viarios y de puertos, planes generales de política de crédito y cuando así se estableciera por una disposición legal.

Desaparecido este Consejo, el enganche constitucional para la Admi-nistración consultiva económica está ahora en el **artículo 131 de la Cons-titución**, que contempla un Consejo económico, pero referido, básica-mente, a la función planificadora: *«el Gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley»*.

Pero no ha sido, propiamente, un Consejo de planificación económica el que ha puesto en pie la Ley 2/1991, de 17 de junio, sino un **Consejo Económico y Social** en el sentido más clásico e inoperante. Y se ha hecho, muy posiblemente, para eludir la coparticipación de los inter-locutores sociales prevista en el artículo 131, así como para evitar la «incómoda» presencia de las Comunidades Autónomas y rebajar su función a la de mera consulta no vinculante.

Efectivamente, el Consejo Económico y Social ni tiene encomendado funciones planificadoras, ni funciones consultivas relevantes. Y ello porque la competencia más importante que tiene asig-nada es además de la elaboración de informes o estudios a solicitud del Gobierno o de sus miembros, o por propia iniciativa la emisión de dictámenes sobre «Anteproyectos de Leyes del Estado y Proyectos de Reales Decretos legislativos que regulen materias socioeconómicas y laborales». Estos tienen, en principio, porque así lo afirma la Ley, «un carácter preceptivo». Sin embargo, hay que dudar de esa naturaleza desde el momento en que no sólo se exceptúa de la consulta nada menos que la más importante de las leyes económicas, la de Pre-supuestos Generales del Estado, sino también porque se condiciona la preceptividad del dictamen a «que se considere por el Gobierno» que los indicados anteproyectos y proyectos de Ley «tienen una especial tras-cendencia en la regulación de las indicadas materias».

Para el ejercicio de tan parcas funciones, el Consejo dispone, no obs-tante, de una solemne, compleja y, sin duda, costosa **organización**, al modo de la prevista para el Consejo de Estado, y que integran el Pleno, la Comisión Permanente, las Comisiones de Trabajo, el Presidente, los Vicepresidentes y el Secretario General. Forman el Consejo 61 miembros: 20 representantes de las organizaciones sindicales, 20 en representación de las empresariales y 20 expertos nombrados por el Gobierno, a pro-puesta de los Ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Economía y Hacienda. El Presidente es, asimismo, de libre designación y cese por el Gobierno.

Por último, es notable que la organización logística de este Consejo se haya configurado, en forma rigurosamente anómala, como un Ente de Derecho público sujeto al Derecho privado, de acuerdo con lo esta-blecido en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, lo que le permite celebrar los contratos con arreglo al Derecho privado y que su personal se sujete al Derecho laboral.

4.- ASESORAMIENTO JURÍDICO Y REPRESENTACIÓN Y DEFENSA EN JUICIO DE LA

ADMINISTRACIÓN

El crecimiento de las tareas y de la organización administrativa ha hecho sentir la **necesidad de crear un servicio permanente de asesoramiento** jurídico de la Administración del Estado, supuesta la concreción de las funciones de los Consejos de Estado a funciones contenciosas o a consultivas sobre grandes temas, y no necesariamente de carácter jurídico. Por otra parte, la función de asesoramiento jurídico del Estado tiene que ir unida a la de representación y defensa en juicio, por lo que, normalmente, con-venía que una misma organización y cuerpo de funcionarios asumiese todas estas misiones, como ha ocurrido entre nosotros con el Cuerpo de Abogados del Estado. Esto no significa, sin embargo, que el mismo Abogado del Estado, que asesora en un Organismo o Departamento Ministerial, sea el mismo que defiende después el asunto en la vía juris-diccional. Por ello trataremos separadamente estas funciones.

A) El asesoramiento jurídico

Puede afirmarse que los servicios de asesoramiento jurídico de carácter general nacen vinculados a los Ministerios de Hacienda.

Así ocurre en Francia, en Italia y en nuestro país. Efectivamente, en la Administración española el servicio de asesoramiento jurídico nació también en el Ministerio de Hacienda y en su Dirección General de lo Contencioso, servido por un cuerpo de funcionarios, el Cuerpo de Abogados del Estado, con unidades orgánicas Abogacías del Estado en todos los Departamentos ministeriales, en algunos Organismos autónomos y en todas las Delegaciones Provinciales de Hacienda. Los Abogados del Estado, en efecto, aparecen a principios de la segunda mitad del siglo XIX como abogados del Ministerio de Hacienda con funciones de asesoramiento en este Ministerio, en el que se les confía además una función de liquidación e inspección sobre el impuesto de derechos reales, hoy de transmisiones patrimoniales. Con posterioridad, los Abogados del Estado extenderán su función de asesoramiento a otros ramos de la Administración, y asumirán también su representación y defensa en juicio, desplazando a los Fiscales.

Pero el asesoramiento jurídico no ha sido competencia exclusiva de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado. En el Ministerio de Justicia la función asesora corría a cargo de los Cuerpos de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia; igualmente en la Administración militar el asesoramiento jurídico está encomendado a los Cuerpos Jurídicos de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, cuyos miembros, Auditores, en la actualidad integrados todos en el Cuerpo Jurídico de la Defensa, asumen también las funciones propias de la Justicia militar.

Los Reales Decretos 849 y 850 de 5 de junio de 1985 han alterado este panorama. Así, de una parte, el Cuerpo de Abogados del Estado se refundió con los Cuerpos de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados del Consejo de Estado, fusión de la que ya se han vuelto a separar de nuevo, como se dijo, los Letrados del Consejo de Estado. De otra, se creó en el Ministerio de Justicia la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, que asume las funciones que antes tenía la Dirección General de lo Contencioso del Ministerio de Hacienda. Asimismo en cada uno de los Ministerios se crea un Servicio Jurídico con un nivel orgánico de Subdirección General.

B) Representación y defensa en juicio

Esta función no está atribuida, normalmente, a los mismos órganos que asesoran ordinariamente al Estado, sino que se dan las particularidades siguientes:

1. En cuanto a los **Letrados** que cumplen estas funciones, mientras en Francia se utilizan Abogados libres no funcionarios, en Italia y en España la defensa en juicio de la Administración del Estado está encomendada a un Cuerpo de funcionarios, el Cuerpo de Abogados del Estado.

2. En cuanto a la **distribución de funciones**, en el sistema italiano la representación corre a cargo de los Procuradores del Estado, que forman un cuerpo distinto de los Abogados del Estado, que llevan sólo la dirección técnica, mientras que en nuestro sistema la representación es asumida, juntamente con la de asistencia técnica, por el Letrado del Estado.

3. Por último, subrayar que la creación de la **Agencia Estatal de Administración Tributaria** por la Ley de Presupuestos para 1991 ha supuesto una solución particular, pues dicha Agencia dispondrá de un servicio jurídico propio, aunque integrado por Abogados del Estado, que actuará bajo la superior coordinación de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, y al que corresponde el asesoramiento jurídico de la Agencia, así como su representación y defensa en juicio.

5.- LOS ÓRGANOS DE CONTROL INTERNO

El control del funcionamiento de la Administración se ejerce de forma externa por el Parlamento y el Defensor del Pueblo, por los Tri-bunales de Justicia y por el Tribunal de Cuentas. Además, la Administración dispone de órganos propios que ejercen un control interno.

El control interno más importante es el que se realiza a través del principio de jerarquía. Los superiores controlan constantemente la actividad de los órganos inferiores, y si este control fuera eficaz, completado además con el principio de responsabilidad ministerial sobre los servicios a su cargo, los demás controles, tanto internos como externos, no se habrían desarrollado en forma tan espectacular.

A) El Ministerio de Hacienda como órgano de control interno. La Intervención General

Un control clásico y muy operativo es el que se ejerce por el Ministerio de Hacienda a través de la IGAE. Este control, de naturaleza preventiva e interna, actúa sobre el procedimiento de todo gasto público, para cuya efectividad se exigen varias condiciones o requisitos:

a) La ordenación de todo gasto corresponde al Ministro o Jefe del Organismo competente por razón de la materia.

b) El gasto no puede comprometerse sin que se acredite la existencia de crédito disponible. Es aquí donde actúa la Intervención mediante la «toma de razón» o «in-tervenido», cuya función consiste justamente en verificar que el gasto ordenado está dentro de las partidas presupuestarias de que puede disponer la autoridad ordenadora del gasto.

c) Comprometido el gasto, viene la fase de pago, que es también de la competencia del Ministerio de Hacienda. También en esta fase actúa la Intervención.

A través del sistema descrito se pretende, como resulta obvio, hacer más difícil las malversaciones y los gastos irregulares. El peligro está, sin embargo, en que, so pretexto de la fiscalización presupuestaria y contable, la Intervención bloquee la competencia ordenadora de cada organismo, mediante la negativa o retraso del «intervenido».

De esta forma, los Interventores ejercen la intervención previa de todo acto, documento o expediente que puede implicar algún tipo o movimiento de fondos, pudiendo recabar a este efecto toda clase de antecedentes, documentos o informes. En el caso de los Organismos autónomos la posición del Ministerio de Hacienda está reforzada porque un funcionario de este Ministerio lleva la contabilidad material colaborando activamente con el Interventor.

Por otra parte, la Ley del Patrimonio del Estado ha convertido a la Dirección General del Patrimonio en el gran Administrador de los bienes de la Administración, con lo que todos los Ministerios y Organismos del

Estado dependen del Ministerio de Hacienda para la afectación de los bienes inmuebles que necesitan para el cumplimiento de sus fines; asimismo, en la política de retribuciones de los funcionarios públicos incide sustancialmente este Ministerio.

B) Las Inspecciones de Servicios

La función inspectora en la Administración Pública puede tener por destinatario a los administrados o a la propia organización y a sus funcionarios. En este último caso, lo que se persigue es asegurar, vigilando, un grado óptimo en el funcionamiento de la organización administrativa, y recibe por ello el nombre de Inspección de Servicios.

La tarea principal de las Inspecciones de Servicios es justamente una función de control sobre el propio aparato y sus servidores; pero nada impide que ejerzan también algunas funciones operativas y de asesoramiento de los administrados, lo que tiene la ventaja de mantener a los Inspectores en contacto con las realidades y tareas concretas de la Administración.

El control de las Inspecciones de Servicios pueden cubrir el ámbito de función del Ministerio, o limitarse a controlar la actividad de una Dirección General u organismo inferior. En el primer caso, suelen recibir el nombre de Inspección General (Inspección General de Servicios del Ministerio de Hacienda, de Educación y Ciencia, etc.).

Los cargos de Inspectores se proveen normalmente a través de dos sistemas: o bien la Inspección se vincula a los cargos y a los funcionarios de mayor categoría y antigüedad de cada cuerpo, o bien se constituye un grupo o cuerpo especial de Inspectores al que se accede por nombramiento discrecional entre determinadas categorías de personas, o bien por concurso u oposición entre los ya pertenecientes a otros Cuerpos del Ministerio. En todo caso, el problema central de los Cuerpos de Inspección es el de asegurar una cierta independencia respecto de los funcionarios que han de ser controlados.

Todas las Inspecciones de Servicios de la Administración Pública se intenta dirigirlas y coordinarlas en la Secretaría de Estado para la Administración Pública. A este efecto se ha creado en aquella una Inspección General de Servicios de la Administración Pública con categoría de Dirección General y una Comisión Coordinadora de Inspecciones Generales.

6.- EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Un control externo de naturaleza contable, financiero y de carácter sucesivo, en cuanto que tiene lugar sobre una actividad administrativa ya realizada, es el que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas. Según el artículo 136 de la Constitución, el Tribunal es el *«supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la cuenta general del Estado. El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, citando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido»*.

El precepto aludido ciñe, pues, la competencia del Tribunal de Cuentas del Estado al sector público *estatal*. Sin embargo, otro precepto de la Constitución, el art 153.d), extiende su competencia al control económico y presupuestario de las Comunidades Autónomas, y la Ley Orgánica del propio Tribunal 2/1982, de 12 de mayo, incluye, en una amplia y atrevida interpretación del término constitucional *«sector público estatal»*, a las Corporaciones Locales.

La constitucionalización del Tribunal de Cuentas (también citado en las Constituciones de Bayona, Cádiz y de la República de 1931) no se corresponde, sin embargo, con su historia, mínimamente operativa, apareciendo

más como un adorno justificador y santificador de las cuentas públicas que como un verdadero fiscalizador y controlador de la corrección con que han sido ejecutadas.

En su versión decimonónica (Ley de 25 de agosto de 1851) el Tribunal comenzó siendo una jurisdicción administrativa especial. En esa condición el Tribunal, al examinar las cuentas sometidas a su aprobación, declaraba y ejecutaba la responsabilidad por alcances y desfalcos en vía administrativa de los gestores de fondos públicos, si bien contra sus resoluciones cabía recurso de casación ante el Consejo de Estado, instancia suprema en el siglo XIX de la Jurisdicción contencioso-administrativa; y otra, que el Tribunal de Cuentas había de respetar la competencia de la Jurisdicción penal a la que había de remitir el tanto de culpa para el conocimiento de los delitos que pudieran aparecer.

En la actualidad ese mismo carácter de jurisdicción administrativa **especializada**, pero sujeta a la posterior revisión jurisdiccional contencioso-administrativa, se mantiene por el artículo 49 de la Ley Orgánica. para las resoluciones del Tribunal de Cuentas, cuando declaran la responsabilidad contable de los funcionarios y de cuantos manejan fondos públicos, susceptibles de recursos de casación y revisión ante el Tribunal Supremo.

Con todo, la más importante tarea del Tribunal es la función pública fiscalizadora, que se diferencia de la anterior en que de ella no se derivan responsabilidades personales directas para los gestores públicos, ni es susceptible de recursos. Esta función fiscalizadora se ciñe a valorar el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía.

El resultado de la fiscalización se expondrá por medio de **informes o memorias**, ordinarias o extraordinarias, y de **mociones o notas** que se elevarán a las Cortes Generales y se publicarán en el BOE o a la Asamblea legislativa de la respectiva Comunidad Autónoma para la publicación también en su Boletín Oficial. El Tribunal de Cuentas hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiese incurrido y de las medidas para exigirla.

Sin perjuicio de estas memorias puntuales, el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales el **Informe o Memoria anual** a que se refiere el artículo 136.2 de la Constitución y que comprenderá el análisis de la Cuenta General del Estado y de las demás del sector público.

Se prevén, además, unas **memorias comunitarias**, que serán remitidas anualmente a las Asambleas legislativas de las CC.AA. para el control económico y presupuestario de su actividad.

Es obvio que una actividad de control tan vasta y ambiciosa requiere que se dote al Tribunal no sólo de la Ley de funcionamiento prevista en su Ley Orgánica lo que se hizo al fin con la Ley 7/1988, de 5 de abril, sino también de los medios personales y materiales adecuados. El retraso en la provisión de estos medios revela, una vez más, el temor a un órgano que, ingenuamente calificado de auxiliar de las Cortes Generales, puede transmutarse, en el ejercicio independiente de sus funciones, en verdadero juez de su actividad, en cuanto, al fin y a la postre, el enjuiciamiento de la actividad económica del poder ejecutivo supone juzgar a la mayoría parlamentaria en beneficio político de las minorías.

7.- COMISIONES PARLAMENTARIAS Y DEFENSOR DEL PUEBLO

Los órganos que aquí se estudian tienen de común su carácter constitucional y ser órganos de control no sólo de las administraciones públicas sino también de otros órganos estatales.

Las **Comisiones de Investigación Parlamentaria** están previstas en el artículo 76 de la Constitución como Comisiones del Congreso o del Senado o Comisiones de ambas Cámaras para investigar sobre cualquier asunto de interés público. Aparte de la publicidad e impacto político que de sus trabajos y conclusiones pueda producirse, la Constitución no aclara cuál es el efecto jurídico de las mismas, ya que únicamente establece *que*

éstas no serán vinculantes para los Tribunales.

La Constitución declara obligatoria la comparecencia ante las Cáma-ras y prevé la regulación por Ley de las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación. De acuerdo con dicha previsión, el requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de Investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave.

Mayor incidencia sobre el conjunto de la Administración tiene el control del **Defensor del Pueblo**. Este exótico cargo, de origen sueco, que han importado otros ordenamientos, como el francés y el inglés, se define en la Constitución de *«alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título 1, y a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales»* (art. 54).

La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, atribuye al Defensor del Pueblo los más amplios poderes de investigación sobre las administraciones públi-cas, obligadas a auxiliarle con carácter preferente. A este efecto, deberán informarle en plazos perentorios sobre los extremos que aquél solicite y remitirle los documentos que requieran sus actuaciones. El incumpli-miento por las Autoridades o funcionarios de estas obligaciones podrá ser objeto de un informe especial e incurrir en delito de desobediencia.

De lo que carece el Defensor del Pueblo es de poderes propios para sancionar a los funcionarios, cuando resulte que la queja investigada ha sido originada por abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión. En este caso se dirigirá al funcionario responsable haciéndole constar su criterio al respecto y dará traslado del escrito al superior jerár-quico, formulando las sugerencias que estime oportunas; si entendiera que los hechos son constitutivos de delito los pondrá en conocimiento del Fiscal General del Estado.

Asimismo, el Defensor del Pueblo puede formular a las Autoridades o funcionarios las advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas, a lo que éstas deberán responder en el plazo de un mes. Si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada o no se informa sobre las razones para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá el asunto en su informe anual o especial con mención de los nombres de las Auto-ridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los casos en que, considerando el Defensor del Pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

En relación con los actos administrativos, el Defensor del Pueblo no tiene competencia para anularlos o modificarlos. Podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para su producción; incluso si llegare al convencimiento de que una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

Por último, el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dis-puesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Consti-tucional.

TEMA 13.- LA ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1.- LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS INSTITUCIONES

Las Comunidades Europeas constituyen un primer intento de unidad europea de tipo funcional, como primer paso hacia una futura integración política confederal o federal.

El primer paso de este proceso fue la creación de la CECA en 1951, que integró a Francia, Alemania, Italia y

Benelux en un mercado de estos productos bajo el principio de libre competencia y circulación.

La segunda fase se inicia con la firma del Tratado de Roma en 1957, que lleva a la creación de la CEEA (Comunidad Europea de Energía Atómica) y de la CEE, para la creación de un mercado único.

El Tratado de Roma se completó con el Tratado de Bruselas de 1965 y se ha reforzado con la firma del Acta Unica Europea (1986).

El último paso en la construcción europea lo constituye el Tratado de la Unión Europea (firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992). La Unión europea prosigue el esquema de unidad institucional y cooperación política. El Tratado de la Unión Europea concibe la política monetaria como el motor de la integración europea, fijando el calendario de una unión monetaria en tres fases, que culminarán el 1 de Enero de 2002 con la puesta en circulación de los billetes en Euros y la retirada de los billetes nacionales.

Paralelamente al proceso de unión económica y monetaria, el Tratado de Amsterdam de 1997 ha supuesto una revisión del Tratado de la Unión Europea, eliminando disposiciones anacrónicas de los anteriores Tratados y realizando una labor de consolidación y nueva numeración del articulado de los mismos.

En cuanto al de **número de miembros**, las Comunidades Europeas han sido objeto de tres ampliaciones, hasta llegar al número actual de 15. Entre los 15 miembros no hay, sin embargo, una **participación** igualitaria en las diversas instituciones, que está en función de su importancia relativa, que van desde los 99 eurodiputados de Alemania, como miembro de mayor participación, hasta Luxemburgo, que aporta un total de 9. Sin embargo, en el Tribunal de Justicia la representación es igualitaria.

La **organización de las Comunidades** es un complejo de organismos cuyas funciones no siempre se corresponden con las de los órganos estatales de igual denominación. Así, el **Consejo** tiene un papel preponderante en la función legislativa; el **Parlamento** participa en dicha función a través de los procedimientos de dictamen conforme, cooperación y codecisión, a la vez que desempeña funciones de control sobre la **Comisión**, que encabeza la Administración comunitaria, a modo de poder ejecutivo.

En cambio, el **Tribunal de Justicia de la Comunidad** sí es equiparable en funciones con el órganos estatal, así como el **Tribunal de Cuentas**. Hay también órganos como los **Consejos Económico-Sociales**, de representación corporativa, antidotos contra la burocratización. También hay que reseñar diversos comités consultivos especiales (transportes, fondo social europeo, científico, técnico), etc.

Destaca el **Comité de las Regiones**, órganos de naturaleza asesora, compuesto por representantes de los Entes regionales y locales.

Por otra parte, en la organización de la Comunidad se ha producido un fenómeno de descentralización funcional o por servicios, que ha dado origen a organismos análogos a los que se conocen como establecimientos públicos u organismos autónomos, es decir, Administraciones especializadas.

Esta descentralización ha culminado con la creación de un **Sistema Europeo de Bancos Centrales** (compuesto por los Bancos Centrales de los Estados miembros y por el Banco Central Europeo), sobre la base del principio de independencia: independencia de los Gobernadores Centrales de sus Gobiernos e independencia del propio Banco Central Europeo.

El Tratado de la Unión Europea ha creado un Defensor del Pueblo, cuya función, que ejercita con total independencia, consiste en vigilar la mala administración por parte de las instituciones y órganos comunitarios.

2.- EL CONSEJO

El Tratado de Roma de fine al Consejo como el organismo formado por los representantes de los Estados miembros, cuya finalidad es asegurar la coordinación de las políticas económicas generales de aquéllos y ejercer su poder de decisión.

El Tratado de la Unión Europea establece 2 instituciones diferentes:

El **Consejo Europeo** constituye la cúspide institucional. Compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estado miembros (asistidos por sus Ministros de AA.EE.) y por el Presidente de la Comisión (asistido por un Comisario), es el encargado de dar a la Unión el impulso necesario para su desarrollo y definir las orientaciones políticas generales.

El **Consejo de la Unión Europea**, por su parte, está compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado. Ejerce sus competencias para los fines previstos en los Tratados constitutivos y en el propio Tratado de la Unión, en un ámbito estrictamente comunitario.

Como los Tratados no han establecido quién deba ser el representante de los Estados, se ha entendido que cada Gobierno designe a uno de sus Ministros como miembro del Consejo; por ello se le ha llamado Consejo de Ministros de la Comunidad. Ordinariamente se considera que el representante debía ser el Ministro de AA.EE., pero en la práctica suelen acudir otros Ministros cuando se tratan temas de su especialidad. La presidencia se ejerce por rotación entre los representantes de los Estados miembros.

Corresponden al Consejo las **funciones** siguientes:

- Establece las directivas y los reglamentos directamente aplicables a los particulares.
- Formula el anteproyecto del presupuesto de la Comunidad y su aprobación con la participación del Parlamento.
- El Consejo es competente para las relaciones exteriores, decidiendo sobre la entrada de nuevos miembros y la conclusión de Tratados con otros países.
- Todos los Tratados comunitarios, por último, asignan al Consejo una función de coordinación de las políticas económicas generales de los Estados miembros.

El **régimen de los acuerdos** está en función de la materia a tratar. Existen 3 modalidades:

- La mayoría simple o absoluta es el sistema que rige como regla general, salvo disposición en contrario.
- Mayoría cualificada. En este sistema, el voto tiene un valor desigual según los Estados:

– Alemania, Francia, Reino Unido e Italia: 10 votos

– España: 8 votos

– Bélgica, Países Bajos, Grecia y Portugal: 5

– Austria y Suecia: 4

– Dinamarca, Irlanda y Finlandia: 3

– Luxemburgo: 2

Para su adopción, los acuerdos del Consejo requerirán, al menos, 62 votos cuando sean a propuesta de la Comisión, y 62 votos, que representen el voto favorable de 10 miembros como mínimo, en los demás casos.

- Unanimidad. Este sistema, en el que no cuentan las abstenciones, se aplica en los casos en que el Consejo quiere apartarse de una proposición de la Comisión y en los 27 supuestos en que los Tratados exigen unanimidad.

Como **órganos de apoyo** más importantes del Consejo están el Secretario General y el Comité de Representantes Permanentes, reunión de los Embajadores de los Estados miembros ante las Comunidades, y cuya misión es la de preparar los trabajos del Consejo y ejecutar los mandatos que éste le confía.

3.- EL PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento o Asamblea está compuesto por representantes de los pueblos de los Estados miembros y ejerce funciones de deliberación y control. Se ha establecido que mientras no se regule un procedimiento uniforme las elecciones habrían de regirse, si bien por sufragio universal directo, por las disposiciones que establezca cada Estado miembro.

Los **miembros** del Parlamento Europeo ostentan un mandato representativo con una duración de 5 años compatible con un mandato parlamentario nacional, salvo que las leyes nacionales establezcan la incompatibilidad (como ocurre en España). Son irresponsables por sus opiniones e inviolables.

Como **órgano de control**, el Parlamento:

- Puede conocer de todos los asuntos, examinarlos en comisiones y sesión plenaria y adoptar posición sobre los mismos.
- Ejerce funciones propias de los debates de investidura y mociones de censura de la Comisión.
- Suponen también un control las preguntas escritas que se publican, junto con las respuestas, en el Diario Oficial de las Comunidades y las orales, con o sin debate.

El Parlamento, en principio, no controla al Consejo, que no tiene porqué justificarse ante él. No obstante, el Consejo se ha mostrado dispuesto a responder a las preguntas que se le formulen. Por otra parte, el Tratado permite al Parlamento denunciar al Tribunal de Justicia el incumplimiento de determinadas medidas previstas en el Tratado.

En **materia presupuestaria**, inicialmente las funciones del Parlamento se reducían a ser consultado sobre el proyecto de presupuesto y la posibilidad de redactar el anteproyecto de sus propios gastos. Actualmente, su poder es mucho más importante, pudiendo rechazar el proyecto de presupuesto en su conjunto y pedir que el Consejo le someta un nuevo proyecto; asimismo, debe aprobar la gestión de su presupuesto por parte de la Comisión.

El fortalecimiento de los poderes de control presupuestario se extiende a la aprobación de los llamados *gastos no obligatorios*, que la Asamblea puede aumentar en su volumen, alterar en su distribución o crear nuevas partidas. Sobre los *gastos obligatorios*, y que son la parte más importante del presupuesto, la Asamblea sólo puede proponer modificaciones, correspondiendo al Consejo la decisión.

El Parlamento también participa en la **función legislativa** –básicamente atribuida al Consejo– a través de los procedimientos siguientes:

- La **consulta obligatoria**: al no ser vinculante ni paralizar, mientras se sustancia, los trabajos del Consejo ni de la Comisión, ha resultado ser escasamente operativa. Sin embargo, una Sentencia del Tribunal de Justicia de 22/01/1983 ha determinado que el Consejo no solamente debe efectuar las consultas al Parlamento, sino que debe esperar a conocer su dictamen.
- El Tratado crea un procedimiento de **codecisión**, que sustituye al anterior procedimiento de concertación. Supone que la oposición del Parlamento determina que el acto propuesto no ha sido adoptado.

- La **cooperación** es un procedimiento introducido para numerosos supuestos. Supone que cuando las tres Instituciones están de acuerdo, el Consejo puede decidir por mayoría cualificada. En cambio, en caso de desacuerdo por parte de la Comisión o del Parlamento, el Consejo ha de decidir por unanimidad.

Por último, en las **relaciones exteriores**, el papel del Parlamento, inicialmente reducido a ser consultado antes de la conclusión de los Tratados de adhesión, se extiende ahora a seguir y ser informado de todo el proceso negociador, y no sólo de estos tratados, sino también de los acuerdos comerciales con terceros países.

4.- LA COMISIÓN

Si en el Consejo radica la soberanía y cumple funciones legislativas y de relaciones exteriores, y el Parlamento o Asamblea es el órgano de control político y parcialmente copartícipe de esas funciones legislativas, la Comisión es lo más parecido al Gobierno y a la Administración de un Estado y por ello le corresponden funciones de dirección política y de gestión. Según el art 155 del Tratado, la Comisión tiene atribuidas las siguientes **funciones**:

- Velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las Instituciones en virtud del mismo.
- Formular recomendaciones o emitir dictámenes respecto de materias comprendidas en el Tratado.
- Disponer de un poder de decisión propio y participar en la formación de los actos del Consejo y de la Asamblea.
- Ejercer las competencias que el Consejo le atribuya.

Por otra parte, también tiene las siguientes funciones:

- La semejanza de la Comisión con los órganos ejecutivos de los Gobiernos se ve también en su función de velar por el respeto de los Tratados. En este sentido, dispone de amplios poderes de información y prevención, así como la facultad de iniciar un procedimiento sancionador contra los Estados, mediante la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia.
- También le compete a la Comisión autorizar la derogación de los Tratados en casos particulares cuando esa derogación está autorizada por las llamadas *cláusulas de salvaguardia*.

La Comisión asume la función administrativa de la Comunidad y, consiguientemente, adopta los acuerdos y resoluciones, actos administrativos en todos los campos, incluyendo la gestión financiera y de los Fondos comunitarios. Esta función no incluye un poder reglamentario propio y claramente establecido. Sin embargo, esta carencia se compensa con la participación de la Comisión en el poder normativo del Consejo. En este sentido la Comisión monopoliza la iniciativa del proceso normativo ya que el Consejo no decide sino a propuesta de la Comisión.

La **organización** de la Comisión se corresponde con su naturaleza de órgano estrictamente comunitario en mayor medida que ningún otro, salvo el Tribunal de Justicia, configurándose por ello como un consejo de personas independientes de los Estados. Esto determina la especial posición de los Comisarios, que se eligen en función de su "*competencia general y ofreciendo garantías plenas de independencia*". Los acuerdos de la Comisión se toman por mayoría del número de miembros, que actualmente es de 20.

Antes del Tratado de la Unión Europea los **miembros de la Comisión** eran nombrados de común acuerdo con los Gobiernos de los Estados miembros. La nueva regulación establece la *designación* del Presidente, previa consulta al Parlamento Europeo, por los Gobiernos de los Estados miembros, los cuales también designan a continuación, y previa consulta con el Presidente ya designado, a todos los miembros de la Comisión. Finalmente, todos los miembros de la Comisión colegiadamente se someten al voto de aprobación del Parlamento que, de ser favorable, da lugar a su nombramiento. La duración de su mandato es de 5 años.

En el cumplimiento de sus funciones, los Comisarios no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno, ni de organismo alguno, absteniéndose de realizar cualquier acto incompatible con sus responsabilidades.

Cada Comisario tiene la responsabilidad de un sector de la Administración comunitaria, y mandan sobre las Direcciones Generales correspondientes y los demás organismos que están bajo la dependencia de éstas.

5.- El Tribunal de Justicia

La garantía del Derecho comunitario está asegurada a través de un sistema en el que participan las jurisdicciones nacionales y en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades constituye su vértice superior. Este Tribunal monopoliza la interpretación del Derecho comunitario y tiene atribuida competencia sobre:

- Los recursos de anulación contra los actos y las disposiciones de las Instituciones comunitarias.
- Los recursos contra los Estados por incumplimiento de los Tratados.
- Los recursos de responsabilidad extracontractual de las Comunidades.

Los Tribunales de los Estados resuelven los contenciosos entre los particulares, entre éstos y los Estados miembros y, en materia contractual, entre los particulares y la Comunidad. Esta competencia se basa en que el Derecho comunitario es parte integrante –y de aplicación directa– del Derecho interno de cada país. Pero para evitar que cada Estado interprete de forma diversa el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades se reserva la interpretación objetiva, así como la apreciación de la validez de las normas y actos comunitarios a través de la técnica de los recursos prejudiciales (remisión por los jueces nacionales al Tribunal de Justicia de los problemas de interpretación).

La Institución *Tribunal de Justicia* está compuesta por 2 órganos jurisdiccionales: el propio **Tribunal de Justicia** y, a partir de 1988, el **Tribunal de Primera Instancia**, encargado de enjuiciar una determinada categoría de asuntos (contenciosos sobre la función pública comunitaria, Derecho de la competencia). Frente a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia cabe interponer un recurso de casación –limitado a cuestiones de Derecho– ante el Tribunal de Justicia.

Funcionalmente, la naturaleza del Tribunal de Justicia es múltiple. Ante todo es un Tribunal de *justicia administrativa* al modo francés, que resuelve recursos de anulación y de plena jurisdicción contra los actos de las Instituciones comunitarias que transgreden el Derecho Comunitario o que incurren con desviación de poder. Pero cumple también las funciones propias de la *justicia constitucional* en los Estados federales, pues controla los actos normativos supremos, los del Consejo de Ministros de la Comunidad. Garantiza el orden regular de las competencias de los Estados miembros y de las Comunidades y las de las respectivas Instituciones comunitarias en sus inevitables conflictos. También asume el papel propio de la *justicia internacional*, justicia esencialmente voluntaria, cuando los Estados deciden someter una determinada controversia.

Forman el Tribunal 15 jueces, auxiliados por 8 abogados generales nombrados unos y otros por acuerdo de los Gobiernos de los Estados miembros. La práctica ha impuesto que el Tribunal incluya, cuando menos, a un nacional de cada país. Los abogados generales están encargados de *presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, unas conclusiones motivadas en los asuntos sometidos al Tribunal con objeto de ayudar a éste en el cumplimiento de su misión*. Tanto los jueces como los abogados generales deben ser elegidos por un período de 6 años renovable, entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones judiciales o que sean juristas de reconocida competencia.

Se benefician de las inmunidades propias de quienes ejercen funciones judiciales y están sujetos a un riguroso

sistema de incompatibilidades, sin que puedan ser relevados de sus funciones, ni privados de sus derechos de jubilación más que si han perdido la idoneidad para el cargo o dejan de cumplir sus obligaciones y previo juicio unánime de sus pares.

6.- Efectos de la integración en las Comunidades sobre la organización del Estado español

La adhesión de España a las Comunidades Europeas ha incidido, lógicamente, sobre la organización del Estado español. Esta incidencia se proyecta en las relaciones del Gobierno con el Parlamento, en la organización de la Administración estatal y en las relaciones de ésta con las CC.AA. (Muñoz Machado).

En efecto, como antes los Parlamentos de los Estados miembros, también el nuestro ha perdido protagonismo con la entrada en las Comunidades Europeas, porque surge una nueva fuente del Derecho interno, las normas comunitarias, que se superponen a los productos legislativos de los Estados miembros, y también porque en las Instituciones comunitarias con capacidad normativa y de decisión son los representantes de los Gobiernos los que están presentes y no directamente los de las Asambleas legislativas.

Por otro lado, la pertenencia a las Comunidades Europeas crea para los Estados miembros un nuevo frente en las relaciones exteriores que hay que coordinar con diversas Administraciones internas con competencias en materias comunitarias. Este conjunto requiere un soporte logístico mediante la adaptación de las estructuras administrativas o la creación de otras nuevas. La solución adoptada en nuestro país ha consistido en una adaptación de las estructuras tradicionales, domiciliando, por una parte, las competencias para las relaciones directas con la Comunidad en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de otra, ampliando la composición de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, para dar entrada en ella a dicho Secretario de Estado y al Ministro de Asuntos Exteriores. Esta solución ha sido criticada en base a que el Ministerio de Asuntos Exteriores no tiene experiencia en la Administración interna y a que, al afectar la integración a diversas áreas económicas y a las CC.AA., es necesaria una muy compleja coordinación de competencias entre Administraciones y/o órganos, para lo que no parece suficientemente dotado de medios ni de potestades jurídicas el Ministerio de Asuntos Exteriores.

La integración de los Estados federales, regionales o similares, como el nuestro, en la Comunidad Europea provoca que algunas de las competencias exclusivas de aquéllas se vean reducidas en beneficio de la Administración europea.

Como solución extrema frente a ese desapoderamiento competencial, se ha propuesto que los representantes estatales en las Instituciones comunitarias fueran meros portavoces de las Regiones o los Länder, que dictarían ordenes vinculantes para el Gobierno nacional marcando así su postura ante las Comunidades Europeas.

DERECHO ADMINISTRATIVO I – 1º Parcial 161