

TEMA 17

EL ACTO ADMINISTRATIVO. CLASES Y ELEMENTOS

• Concepto

De igual manera que la función legislativa se concreta en la elaboración de normas generales y la judicial en las sentencias, la Administración formaliza su función a través de los actos administrativos. El acto administrativo sigue siendo una resolución enjuiciable por parte de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Otras actuaciones que se dan dentro de un procedimiento administrativo (convocatorias de órganos, petición de informes, unión de certificaciones, etc.) son imputables a la Administración y podrán ser analizados con motivo de la impugnación del acto administrativo principal, pero no directamente.

El Tribunal Supremo rechaza que sea un acto administrativo cualquier manifestación que no sea por sí misma creadora o modificadora de situaciones jurídicas. Los actos de trámite son susceptibles de impugnación separada si se viola supuestamente un derecho fundamental.

En el Derecho español se limita el concepto de acto administrativo a los actos con uno o varios destinatarios, pero excluyendo a los reglamentos (ya que tienen destinatarios generales o indeterminados y crean o innovan derecho objetivo, mientras que el acto aplica ese derecho).

En definitiva, el acto administrativo es aquel que es dictado por una Administración Pública u otro poder público en el ejercicio de potestades administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

• Clases de actos administrativos

La **clasificación de los actos administrativos** ha merecido doctrinalmente respuestas muy distintas. Es la doctrina francesa la más simple, ya que distingue entre reglamentos, decisiones (acto individual por el que la autoridad competente crea una situación jurídica que afecta a una persona determinada) y actos condición (la autoridad aplica una normativa preexistente sobre una persona a la que afecta jurídicamente).

En nuestra doctrina, GARRIDO clasifica los actos por la extensión de sus efectos en generales y concretos; por la posibilidad de su fiscalización, en impugnables e inimpugnables; por razón del tipo de facultades ejercitadas, en discrecionales y reglados; por los sujetos que intervienen, en simples y complejos, unilaterales y bilaterales; y por razón del contenido del acto y sus efectos, en meros actos administrativos y actos negocios jurídicos, actos definitivos y actos de trámite.

• Actos expresos y actos presuntos

Por la forma de su exteriorización, los actos administrativos pueden ser expresos o presuntos, en virtud del silencio administrativo. Formalmente, la falta de respuesta (silencio de la Adm.) frente a una petición o el recurso de un particular no es un acto, sino un hecho jurídico, pues falta la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos como es propio de los actos expresos.

En el Derecho privado se admite que el silencio de una parte puede suponer el asentimiento de ésta siempre que haya tenido conocimiento de los hechos que motiven la respuesta y que tuviera obligación de contestar o fuera lo más normal. En el derecho administrativo, y con objeto de asegurar el derecho a la garantía judicial,

el acceso al proceso o la efectividad de otros derechos que pueden resultar bloqueados por la inactividad de la administración, se atribuye al silencio el valor de una decisión de significado unas veces negativo (silencio negativo o desestimatorio) y otras positivo (silencio estimatorio o positivo).

La falta de respuesta de la Administración a la petición o al recurso ha tenido normalmente en el ordenamiento jurídico un significado desestimatorio. Progresivamente se han ido aceptando diversos casos de silencio positivo, aunque nunca un silencio administrativo puede servir para realizar actos o programas ilegales.

La Ley 4/99, de reforma de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), ha reelaborado la regulación del silencio administrativo (arts. 42–44).

La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del procedimiento. Este plazo no puede superar los 6 meses salvo que una Ley o una normativa europea lo prevean. Si las normas reguladoras del procedimiento no señalan plazo máximo, éste será de tres meses contando desde la iniciación del proceso o desde que la solicitud tuviera entrada en el órgano competente para su tramitación.

La Administración está obligada a señalar los plazos máximos de resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. El transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución puede suspenderse si se requiere al interesado documentación adicional de documentos o subsanación de deficiencias, deban solicitarse informes preceptivos o pruebas técnicas o cuando se inicien negociaciones para llegar a un pacto. Excepcionalmente podrá ampliarse el plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias y una vez agotados todos los medios posibles, esta ampliación no podrá superar el plazo establecido para la tramitación del procedimiento.

El art. 43 LRJPAC prevé como regla general que el silencio administrativo sea positivo para el interesado, salvo que una norma con rango de ley o norma comunitaria señale lo contrario. Se exceptúan de la regla general del silencio positivo el derecho de petición, la revisión de los actos administrativos, los procedimientos iniciados de oficio y los procedimientos que pudieran derivar en concesiones de servicio o dominio público. Esta reforma de la ley ha SUPRIMIDO la certificación de actos presuntos, que permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver, dictar un acto administrativo expreso contrario a los efectos del silencio ya producido. Los efectos del silencio administrativo positivo son a todos los efectos los de un acto administrativo una vez finalizado el procedimiento. El silencio administrativo negativo sólo permite a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo no exime a la Administración de la obligación legal de resolver. En el caso de procedimientos que pudieran derivar en el reconocimiento de derechos los interesados deberán entender desestimadas sus peticiones. Si son procedimiento en que se ejercita la potestad sancionadora, se producirá la caducidad y el archivo de las actuaciones.

Si una ley o norma comunitaria no dice otra cosa, los plazos que se señalen por días se referirán a días hábiles, excluyéndose domingos y festivos.

• **Actos administrativos y potestad discrecional. Actos reglados y actos discrecionales.**

Los actos discrecionales, frente a los reglados, son aquellos dictados en materias discrecionales o en ejercicio de potestades igualmente discrecionales. No existen ni competencias ni potestades absolutamente discrecionales, ni éstas pueden invocarse para impedir el enjuiciamiento de fondo de los actos administrativos.

La Ley jurisdiccional señala que la potestad discrecional, como opuesta a la potestad reglada, permite un cierto margen de elección a la Administración. La legislación misma confirma en ocasiones esa potestad discrecional cuando la norma dispone que la Administración podrá llevar a cabo determinada actividad (en lugar del deber del acto reglado y expreso) y cuando le abre la posibilidad de optar entre diversas soluciones en función de criterios de oportunidad.

El Tribunal Supremo ha definido la potestad discrecional como *la capacidad de opción, sin posibilidad de control jurisdiccional, entre varias soluciones, todas ellas igualmente válidas por permitidas por la Ley*. Se señala además que la libertad de apreciación no es absoluta, sino que exige un proceso de razonamiento y que la discrecionalidad no equivale a arbitrariedad.

El debate sobre los actos discrecionales debe plantearse en la determinación de cuándo estamos realmente en presencia de actos discrecionales, qué elementos dentro de éstos son reglados y cuáles no, y en el análisis de las técnicas de control judicial.

El concepto de discrecionalidad debe separarse de conceptos cercanos como los conceptos jurídicos indeterminados (justiprecio expropiatorio) que permiten un margen de apreciación, pero no de discrecionalidad. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas justas y basada en criterios extrajurídicos remitidos al juicio subjetivo de la Administración. El juez no puede fiscalizar una decisión discrecional siempre que se haya producido dentro de la remisión legal a la apreciación administrativa.

El Tribunal Supremo advierte sobre la imprudencia de que la Administración sea sustituida totalmente por los tribunales en la valoración de las circunstancias que motivan la aplicación de la potestad discrecional. El TS invoca como especialmente operativos para el control de la discrecionalidad los de proporcionalidad (en especial, en materia sancionadora) y la buena fe.

El control de la proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad de la actuación discrecional sólo es posible si dicho criterio se explicita y justifica razonadamente. De ahí la gran importancia que la **motivación** de las decisiones administrativas discrecionales posee en orden a su control judicial. Así, el art. 54.1.f) de la LRJPAC señala que los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

Existe una polémica doctrinal en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa. La división se centra en el alcance que puede tener la intervención de los Tribunales en la elaboración de los actos administrativos en la división de poderes. Para unos la Justicia podría alterar con su intervención la división de poderes, para otros la Justicia (como representante del Estado de Derecho) debe llegar en sus decisiones tan lejos como se permita.

La discrecionalidad gana camino en la Administración con la huida de los Entes públicos al derecho privado o mediante leyes singulares que encubren actos administrativos, además de potenciar los sistemas de libre decisión (conciertos, adjudicaciones restringidas, puestos de libre designación).

• **Los elementos del acto administrativo**

La doctrina española, siguiendo a la italiana, clasifica los elementos del acto administrativo en subjetivos, objetivos y formales, y asimismo en esenciales (sujeto, objeto, voluntad, causa, contenido y forma) y accidentales (término, condición y modo). Los actos administrativos unilaterales están más cerca de los actos judiciales que de los privados y adquieren especial relevancia elementos como la causa y el fin.

Otras diferencias entre actos administrativos y actos privados es la tipicidad de los actos administrativos que les impide modalizar en exceso los efectos mediante los elementos accidentales (condición, término o modo)

y la gran importancia que para los actos administrativos adquieren los elementos formales, con la exigencia de la escritura y la necesidad de la notificación para que el acto adquiera eficacia, cuando en los actos privados rige la libertad de forma.

- **El titular y la competencia**

El sujeto del que emana el acto administrativo es siempre una Administración Pública que actúa a través de una persona física, titular de un órgano. Esto supone que se estudien en primer lugar los requisitos y condiciones que deben concurrir en este titular. La **regularidad de la investidura** del titular del órgano es la primera cuestión, puede que no sea válida debido a que haya sido cesado, que su puesto haya sido usurpado u otras circunstancias.

La actuación regular del titular del órgano implica su **imparcialidad**, entendida como ausencia de circunstancias que puedan provocar la parcialidad de la autoridad y que se concreta en las llamadas causas de abstención y recusación referidas en los arts. 28 y 29 de la LRJPAC. Éstas son el interés personal en el asunto, el parentesco con cualquiera de los interesados, amistad íntima, enemistad manifiesta, haber sido testigo o perito en el procedimiento o tener o haber tenido relación de servicio con persona física o jurídica que sea parte en el asunto. Si en alguna autoridad o servidor de las AAPP concurre en alguna de esas circunstancias deberá abstenerse de intervenir, incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Los interesados podrán recusar a una autoridad o funcionario en cualquier momento del proceso, debiendo decidir el inmediato superior.

El art. 28.3 señala que la actuación de autoridades y personal al servicio de las AAPP en los que concurren causas de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

Un tercer elemento es la **capacidad de obrar** del titular del órgano y la **ausencia de vicios en el consentimiento**. Ambas circunstancias se valoran de forma diferente en el Derecho administrativo, ya que la incapacidad del funcionario (por ejemplo, enajenación mental) o la existencia de vicios en su voluntad (violencia) no afectaría decisivamente a la validez del acto, si éste se produce objetivamente de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Es la **competencia** el elemento fundamental. Se define como la aptitud que se confiere a un órgano de la Administración para emanar determinados actos jurídicos en nombre de ésta. La extensión de las competencias se mide en función de la materia, del territorio y de la jerarquía (las materias más importantes a los grados superiores y las de menor importancia a los inferiores). Las competencias se establecen de forma impersonal, pueden ser modificadas en todo momento y son irrenunciables, salvo delegación o avocación (art. 12.1 LRJPAC).

La falta de competencia determina el consiguiente vicio de incompetencia que es susceptible de originar dos tipos de invalidez: nulidad de pleno derecho o anulabilidad, según su mayor o menor gravedad. Son nulos de pleno derecho los actos dictados por órgano incompetente por razón de la materia o del territorio. En cambio, la falta de competencia jerárquica es una incompetencia relativa porque es susceptible de convalidación por el superior jerárquico (art. 67.3 LRJPAC).

- **Los elementos formales: procedimiento, declaración y motivación**

Son elementos formales de los actos administrativos el procedimiento, la forma de declaración y la motivación cuando es legalmente exigible.

El **procedimiento** es el conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución que busca asegurar el acierto y la eficacia de la Adm., además de garantizar los derechos de los particulares. La esencialidad del procedimiento viene definido por los arts. 53 (*los actos administrativos se producirán por el*

órgano competente mediante el procedimiento que estuviere establecido") y 62 LRJPAC (que señala la nulidad de los actos que se dictasen prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido).

La regla general sobre la **forma de declaración** de los actos administrativos es la exigencia de forma escrita, igual que los judiciales. Esto es debido a que:

- deben documentarse, notificarse o publicarse,
- a que son creadores de derechos y deberes, dotados de fuerza ejecutoria, lo que exige una constancia y prueba indubitada,
- y porque hay que dejar constancia fidedigna de las voluntades exteriorizadas que han participado del procedimiento.

El art. 55 LRJPAC señala que los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de constancia. En caso de ejercerse la competencia verbalmente, la constancia escrita se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior que la reciba oralmente, expresando en la comunicación la autoridad de la que procede. Si deben dictarse una serie de actos de la misma naturaleza (nombramientos, concesiones, licencias), éstos podrán refundirse en un solo acto.

El **contenido de la declaración** en que los actos consisten, y que se deberá plasmar en los escritos que los documentan, puede ser diverso pero siempre deberá recoger datos que permitan la identificación del acto mismo, como la autoridad que lo dicta, mandato o resolución y la fecha, así como la motivación en los casos en que es preceptiva. Además, deberán expresarse otros extremos cuando vengan exigidos por disposiciones concretas. Los actos deben ir precedidos de una denominación específica según la autoridad que los dicta (Real Decreto, Orden, Acuerdo, Resolución) y deberán ser motivados y contener los recursos que contra los mismos procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

La **motivación** es una exigencia relativamente moderna. La LRJPAC ha ampliado notablemente la nómina de los actos necesitados de motivación: 1) los actos que limiten intereses legítimos o derechos subjetivos; 2) los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje; 3) los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; 4) los acuerdos de suspensión de actos; 5) los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa; 6) los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales; y 7) los acuerdos de tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.

La Ley determina que la motivación sea sucinta, aunque esto no implica que sea un formulismo o que sea insuficiente. La motivación ha de ser suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico del acto en cuestión.

• **La eficacia de los actos administrativos. La irretroactividad**

Por eficacia de los actos administrativos se entiende la producción de los efectos propios de cada uno, definiendo derechos y creando obligaciones. De forma más limitada, la eficacia suele referirse al tiempo o momento a partir del cual el acto administrativo produce efectos. El art. 57.1 LRJPAC señala que los actos de las AAPP se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan. No obstante este principio tiene dos órdenes de excepciones:

- La **demora en la eficacia** o retraso en la producción de sus efectos propios puede producirse porque así lo exija la naturaleza del acto, porque el contenido lo diga o porque la eficacia que supeditada a la

notificación, publicación o aprobación superior.

- La **irretroactividad** es la regla general para los actos de gravamen o limitativos de derechos (desfavorables o sancionadores para los interesados). Para los actos favorables o ampliativos y para los actos anulados es posible la eficacia retroactiva, siempre que los supuestos de hecho existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. La irretroactividad cae como consecuencia de sentencias judiciales, corrección de errores y otras circunstancias.

• Publicación y notificación

La comunicación a los interesados de los actos administrativos se actúa por medio de la notificación (comunicación singular) o de la publicación (se dirige a un colectivo de personas o singulares pero en paradero desconocido). La notificación es la técnica más solemne y formalizada porque incluye la actuación mediante la cual ciertos funcionarios atestiguan haber entregado a una persona la copia escrita de un acto.

La notificación y la publicación son una condición de la eficacia de los actos administrativos (art. 57.2 LRJPAC). La notificación no es únicamente la comunicación a los interesados de actos o resoluciones, sino también una técnica de comunicación de los actos de trámite, dentro del procedimiento. La LRJPAC impone el **deber de notificar** a los interesados las resoluciones o actos administrativos que afecten a sus intereses, para regular hasta 4 modalidades de notificación: notificación personal, notificación por edictos, publicación y publicación-notificación.

Toda notificación deberá ser cursada en el **plazo** de 10 días a partir de la fecha en que el acto sea dictado y deberá **contener** el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es definitivo en vía administrativa y la expresión de los recursos que procedan (órgano y plazo para interponerlos). La superación del plazo no determina la nulidad de la notificación. Si a la notificación le faltan algunos de estos extremos estaremos ante una **notificación defectuosa**, por lo que el acto carece de eficacia. Las notificaciones defectuosas son convalidables y surtirán efecto a partir del conocimiento del contenido por parte del interesado. Si no hay subsanación o el interesado no se da por notificado, el acto no adquiere firmeza.

La **notificación personal** se practicará por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, identidad y contenido del acto notificado. Al practicarse en el domicilio del interesado, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre allí y haga constar su identidad. Si nadie puede hacerse cargo, se volverá una sola vez en los 3 días siguientes a diferente hora. Si el interesado o su representante rechazan la notificación, se hará constar en el expediente y se tendrá por realizado el trámite. Una técnica que se ha impuesto ha sido la del correo certificado, lo que hace de los funcionarios de correos los acreditadores de la recepción de la notificación.

Ante las dificultades que encuentra la Administración, la Ley ha arbitrado un sistema subsidiario, la **notificación por anuncios** (art. 59.4 LRJPAC) se produce cuando los interesados son desconocidos, se ignora el lugar de la notificación o no se hubiera podido practicar. La notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el BOE, en el BO de la Comunidad Autónoma o provincial, según la Administración de la que proceda el acto a notificar. En caso de que el último domicilio fuera un país extranjero, se publicará la notificación en el tablón de anuncios del consulado o embajada correspondiente.

La **publicación** de la resolución consiste en insertarla, con los mismos elementos que la notificación personal, en el diario oficial de la Administración que haya dictado el acto. Se admite la publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público. También se realizará la publicación cuando el acto tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos y cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o

de concurrencia competitiva de cualquier tipo.

La escasa fiabilidad de la notificación por anuncios o mediante publicación lleva a establecer una cautela, que se convierte en una 4ª modalidad de notificación, la **publicación-notificación**, que consiste en publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del acto para que después el interesado comparezca en el plazo y lugar que se le señale para enterarse de su contenido íntegro y dejar constancia de tal conocimiento. Esta fórmula puede emplearse cuando se aprecie que la publicación o la notificación por anuncios lesiona derechos o intereses legítimos (art. 61 LRJPAC).

TEMA 18

EFICACIA Y EJECUTORIEDAD DE LOS

ACTOS ADMINISTRATIVOS

- **La eficacia de los actos administrativos. Presunción de validez**

El acto administrativo se perfecciona cuando en su producción concurren todos los elementos esenciales y es temporalmente eficaz en todos los términos. Además, al acto administrativo se le atribuye una presunción de validez, ya que los actos administrativos pasan por válidos mientras esa nulidad no se declare administrativa o judicialmente.

El art. 57.1 LRJPAC señala que *los actos de la Adm. serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*. El Tribunal Supremo denomina presunción de validez o presunción de legalidad a esta cualidad de los actos administrativos. Esta presunción admite prueba en contrario en todo tipo de procedimientos impugnativos en los que frontalmente se discuta sobre su validez.

La presunción de validez cubre los actos definitivos pero no toda la actividad probatoria previa a éstos y que se reflejan en el expediente administrativo, ya que la Administración debe acreditar las pruebas. La presunción de validez opera también en el derecho penal, en los actos jurídicos de los particulares (contratos, testamentos), etc. porque sería inviable un sistema donde se dudara de la legitimidad de todos los actos jurídicos.

Lo que diferencia los actos administrativos en relación con los privados en el Derecho español es que el acto administrativo está adornado de la ejecutoriedad, acción de oficio o privilegio de decisión ejecutoria, esto es, la potestad de la Administración para llevar a efecto el mandato que el acto incorpora violentando la posesión y la libertad personal del administrado.

- **La ejecutoriedad de los actos administrativos**

La ejecutividad, ejecutoriedad o privilegio de decisión ejecutoria son términos que designan la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si fuese preciso. Esta es la diferencia esencial entre los actos administrativos y los privados, estos últimos necesitan del apoyo judicial para tomar sobre otros medidas ejecutorias. Este privilegio está regulado en el art. 95 LRJPAC *las AAPP, a través de sus órganos competentes, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales*.

Sin embargo, la ejecutoriedad de los actos administrativos se manifiesta de manera diversa según la naturaleza y contenido de éstos. En unos casos la ejecución forzosa como tal no es necesaria porque el acto se cumple sin resistencias de sus destinatarios; en otros porque la naturaleza del acto no comporta ninguna actuación material de ejecución por la Administración (inscripción en el padrón, nacionalización).

Tampoco puede hablarse de ejecución forzosa del acto administrativo en contra de la propia Administración. Si ésta no cumple voluntariamente, el administrado sólo puede forzar su cumplimiento por la vía judicial. La ejecutoriedad no juega nunca a favor del particular frente a la Administración. Otro supuesto en que no es necesaria la ejecutoriedad se da cuando las medidas pueden subsumirse en el ejercicio natural de la autodefensa posesoria (dominio público, servicio público).

Fuera de las hipótesis anteriores, el supuesto necesario para la ejecución forzosa lo constituyen los casos en que el acto administrativo impone deberes positivos o negativos al administrado que impliquen, al negarse, la alteración de la posesión de sus bienes o la libertad personal. En estos casos la Adm. utiliza su privilegio de decisión ejecutoria regulado en los arts. 93–101 de la LRJPAC.

El principio de ejecutoriedad se establece con carácter general para los actos administrativos. Tres artículos de la LRJPAC proclaman la vigencia de este privilegio. El 56 *los actos de las AAPP serán ejecutivos...*, el 94 *los actos de las AAPP serán inmediatamente ejecutivos salvo que se acuerde su suspensión, una disposición establezca lo contrario o requieran aprobación o autorización posterior* y el 95 *las AAPP, a través de sus órganos, podrán proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos*.

Otras normas se refieren a la ejecutoriedad de los actos administrativos, pero la regulación general se encuentra en la LRJPAC, la cual exige para la legitimidad de la ejecución forzosa el cumplimiento de estas **condiciones**:

- La existencia de un acto o resolución de la Administración.
- El acto debe ser ya plenamente eficaz porque no ha sido suspendida administrativa o judicialmente su ejecutoriedad o su eficacia no esté pendiente de condición, plazo, autorización o aprobación de autoridad superior.
- La ejecución debe ir precedida del oportuno requerimiento o apercibimiento a fin de que el obligado no sea sorprendido y se le dé la oportunidad de cumplir el mandato de la Adm. El requerimiento conlleva el otorgamiento de un plazo razonable.
- La ejecución está condicionada a que la Ley no haya configurado con relación al acto que se pretende ejecutar un régimen de ejecución judicial.

• **La suspensión de efectos del acto administrativo**

La rigidez del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos está atemperada por la posibilidad de que la Administración o los Tribunales, cuando esté pendiente una reclamación, suspendan, de oficio o a instancia del interesado, la eficacia del acto administrativo, paralizando la ejecución misma del acto. La suspensión de efectos es una válvula de seguridad que permite enjuiciar la corrección del acto.

La posibilidad de suspender la eficacia de los actos administrativos se admite en el sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales como un remedio a la lentitud en resolver los recursos que se entablan contra aquéllos. Estos procesos no tendrían sentido si los actos hubiesen sido ejecutados sin posibilidad de vuelta atrás en las medidas de ejecución.

En el sistema judicial español la suspensión se contempla en momentos diversos de la impugnación de los actos administrativos. En primer lugar cabe aludir a la **suspensión en vía de recurso administrativo**, el art. 111 de la LRJPAC señala que la regla general es que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, aunque se admiten dos excepciones:

- Que una disposición establezca lo contrario.
- Que lo acuerde el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación razonada de los perjuicios inmediatos que se ocasionarían al recurrente si estos fueran de imposible o difícil reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho.

Si la suspensión no se alcanza en vía de recurso, podrá intentarse de nuevo en la **vía contencioso-administrativa**, si es que el interesado ha interpuesto el correspondiente recurso judicial. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa faculta a los Tribunales para adoptar medidas cautelares, incluida la suspensión, cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. El Tribunal puede levantar la suspensión otorgada si varían las circunstancias.

Existen también supuestos de **suspensiones automáticas**:

- La prevista por la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona. En este caso la regla general es la suspensión, ya que *deberá decretarse salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general*.
- La suspensión de ejecución de liquidaciones tributarias dentro del procedimiento económico-administrativo.
- En materia de sanciones administrativas, la suspensión es temporal y se limita al tiempo que tarda en sustanciarse el incidente de suspensión planteado por el recurrente.
- Ante el Tribunal Constitucional la suspensión de los actos administrativos viene impuesta por la Constitución en el caso de que el Estado impugne disposiciones normativas o resoluciones de las CCAA. En los recursos de amparo, la Sala puede suspender la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo.
- La **suspensión de los actos de las Entidades Locales a requerimiento del Estado o de las CCAA**, prevista en la Ley de Bases de Régimen Local, puede deberse a 3 supuestos: A) puede solicitarla el Estado o la Com. Autónoma cuando un acto o acuerdo de una Entidad local infringe el Ordenamiento jurídico; B) Si el acto menoscaba competencias del Estado o de las CCAA, interfiere en su ejercicio o excede las competencias de la entidad local, además de la impugnación directa, se podrá pedir la suspensión razonada del acto, decidiendo el Tribunal; C) En caso de que la Entidad local adoptara actos o acuerdos que atenten gravemente al interés general de España, el Delegado del Gobierno podrá suspenderlos y adoptar las medidas para proteger ese interés e interponer una impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

• Los medios de la ejecución forzosa

La LRJPAC es generosa en el reconocimiento de los **medios de ejecución**, enumerando (art. 96.1) los siguientes: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

- La **ocupación** es la forma de ejecución de los actos que imponen a los particulares la entrega de un bien determinado del que aquéllos están en posesión; si el particular no lo entrega, la Adm. toma posesión de él por medio de sus funcionarios. Suele utilizarse para proteger los bienes de la Administración.
- El **apremio sobre el patrimonio** mobiliario o inmobiliario se utiliza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de dar que se concretan en una suma de dinero. Si el obligado no paga en los plazos, la Administración procede a trabar o embargar los bienes del deudor y a su posterior venta forzosa.
- La **ejecución subsidiaria** se utiliza para llevar a efecto los actos que imponen al ciudadano una actividad material y fungible (por ejemplo, una demolición o un inventario). La Administración realizará el acto por sí o a través de quien determine, a costa del obligado.
- La **ejecución por coerción** se usa cuando se trata de prestaciones personalísimas e infungibles que no pueden solucionarse por los medios anteriores. La coerción directa es aquella en que se actúa físicamente sobre la persona mientras la coerción indirecta le coacciona con la amenaza de una sanción administrativa o penal. La LRJPAC sólo se refiere a la coerción directa, distinguiendo la económica (incidiendo sobre el patrimonio a través de multas) de la física (compulsión sobre las personas).
- **El apremio sobre el patrimonio**

Es el procedimiento más generalizado de ejecución de los actos administrativos. Se aplica al cobro de toda

suerte de débitos frente a las administraciones públicas. Incluso está previsto su uso a favor de particulares cuando desempeñan actividades públicas.

En el procedimiento de apremio interviene el juez en garantía de determinados derechos fundamentales, lo que permite configurarlo como un procedimiento mixto judicial-administrativo. Por ejemplo, se requiere autorización judicial para la entrada en el domicilio. Una segunda intervención judicial se producía en la constitución de una Mesa para la subasta de los bienes inmuebles, ahora intervienen delegados de Hacienda.

El procedimiento se inicia cuando existe un acto que obligue al pago de una cantidad líquida expidiéndose la correspondiente providencia de apremio por no haber sido atendido por el deudor en el plazo de pago voluntario. Esta providencia puede ser impugnada sólo por estos motivos: pago, prescripción, aplazamiento, falta de notificación, defecto formal u omisión de la providencia de apremio.

La tramitación del procedimiento de apremio sólo se suspende si se realiza el pago o se garantiza la deuda mediante aval bancario o cuando se produzca reclamación de carácter civil por un tercero. Trámite básico es el aseguramiento del crédito a través de los embargos suficientes para cubrir la deuda más los recargos. El procedimiento termina con la subasta pública de los bienes a menos que se produzca reclamación por tercería de dominio que se sustancia ante un juez civil. Si los inmuebles no se enajenan en dos subastas, pasan a propiedad de Hacienda.

- **La multa coercitiva**

Consiste en la imposición de multas reiteradas hasta doblegar la voluntad del obligado para cumplir el mandato del acto administrativo de cuya ejecución se trata. La regulación de la multa coactiva resalta su diferencia respecto de las multas de Derecho penal, afirmándose que no tiene carácter de pena. La LRJPAC (art. 99) señala incluso que esta multa es compatible con sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.

La multa coercitiva se sujeta a un estricto principio de legalidad, ya que debe determinar su forma y cuantía. Los supuestos en que procede la imposición de multas coercitivas son muy amplios y comprenden desde los actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre las personas o la Adm. no la considerara conveniente, hasta aquellos otros cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

En cualquier caso, la multa coercitiva sólo es aplicable en la fase de ejecución de un acto administrativo. No es lícita su utilización en actuaciones de inspección aunque el Tribunal Constitucional ha declarado válido un precepto de la Ley General Tributaria que sanciona la falta de aportación de pruebas y documentos contables ante los inspectores tributarios.

- **La compulsión sobre las personas**

El art. 100 LRJPAC señala como último medio de ejecución de los actos administrativos, el empleo de la compulsión directa sobre las personas. La doctrina advierte que estas medidas de coerción directa son muy variadas, ya que van desde el impedir la entrada en un lugar, la obligación de desplazarse, privación momentánea de su libertad e incluso la agresión física con armas de fuego como medida extrema de la policía.

La extrema gravedad de esta técnica obliga a postular que su aplicación es lícita cuando los demás medios no se corresponden con la naturaleza de la situación creada además de que la ley lo autorice expresamente. La compulsión sobre las personas debe llevarse a efecto dentro del respeto debido a la dignidad de las personas y a los derechos constitucionales y de forma proporcional a las circunstancias.

La compulsión sobre las personas ha de actuarse previo un acto formal y personal de intimidación para el debido cumplimiento del acto u orden de cuya ejecución se trata.

TEMA 19

LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

• La invalidez y sus clases

Tras analizar los elementos, requisitos y efectos del acto administrativo, se impone considerar ahora su patología, los vicios que pueden afectarle. Esto lo afronta la teoría de la invalidez, que incluye también los remedios de los defectos y los mecanismos para declarar su anulación. Sólo a partir de la declaración formal de ésta por la Administración o los Tribunales el acto inválido deja de producir efectos y cede la presunción de validez.

La invalidez se define como una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos. Se entiende que unos vicios originan simplemente una nulidad relativa o anulabilidad que cura el transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, mientras que otros están aquejados de la nulidad absoluta o de pleno derecho, lo que conduce a la anulación del acto.

Hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la invalidez de los actos administrativos se regía por el Código Civil. En la actualidad, la doctrina civil más autorizada incluye dentro de los supuestos de **nulidad**, el acto inexistente, el negocio imperfecto (vicio insubsanable) y los negocios prohibidos. En cuanto a la **anulabilidad** se caracteriza por sumir al acto en una situación indecisa o transitoria, dependiendo su invalidez de que quien esté legitimado pida su anulación. El Derecho positivo ha creado figuras que, excepcionalmente, hacen desaparecer la nulidad, como son la convalecencia (nuevo acto), la conversión (se aprovechan elementos de un acto nulo para otro acto) y la nulidad parcial.

La LRJPAC ha ampliado notablemente los supuestos de **nulidad de pleno derecho** (art. 62) y ha incluido en ellos:

- Los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia o territorio.
- Los que tengan un contenido imposible.
- Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición legal.

La regla general para calificar la invalidez de los reglamentos es la nulidad de pleno derecho pues el art. 62.2 señala que las disposiciones administrativas son nulas de pleno derecho cuando *vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

La **anulabilidad** es la regla general, ya que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Los defectos formales o el incumplimiento de los plazos son vicios menores (**irregularidad no invalidante**) que determinarán la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión.

Las razones comúnmente invocadas para explicar la diferencia de la regulación de la invalidez en el Derecho administrativo y civil son la necesidad de preservar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica, que resultaría muy

perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales como la nulidad absoluta.

La concepción restrictiva de la invalidez de pleno derecho que consagró la Ley de 1958 (ampliada en la LRJPAC) sirvió de modelo para la invalidez de los **actos judiciales**, que son nulos de pleno derecho cuando hay falta de jurisdicción o de competencia, cuando se realicen con intimidación y cuando se prescindan total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa.

- **La inexistencia**

Además de las categorías de la nulidad de pleno derecho, anulabilidad e irregularidad no invalidante, existe la figura del acto inexistente. La doctrina lo asimila a los supuestos de los actos nulos ya que en la práctica tiene un régimen idéntico. La persistencia de esta categoría en la doctrina moderna se debe a la necesidad de constituir un instrumento que permite suplir las deficiencias de la construcción técnica de la nulidad, añadiendo nuevos supuestos o para facilitar su ejercicio procesal.

Esta categoría de invalidez por encima de la nulidad absoluta se confunde con ésta ante la falta de una regulación en la LRJPAC. En la jurisprudencia, algunas sentencias afirman la inaceptabilidad del acto inexistente y otras parecen asimilar el acto inexistente a los actos radicalmente nulos en supuestos de incompetencia manifiesta.

- **La nulidad de pleno derecho. Análisis de los supuestos legales**

El acto nulo de pleno derecho es aquél que, por estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno y, si lo produce, puede ser anulado en cualquier momento sin que a esa invalidez pueda oponerse la subsanación del defecto o el transcurso del tiempo. Doctrinalmente se han señalado diversas infracciones graves: la ostensibilidad del vicio, la carencia total de un elemento esencial o la contradicción con el orden público.

El art. 62 LRJPAC señala los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos:

- **Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.** Se refuerza la protección de los derechos fundamentales, que ya gozan de una especial garantía procesal, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Estos son los derechos incluidos entre los arts. 14 y 30 CE.
- **Actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y del territorio.** La incompetencia es manifiesta cuando se invaden las competencias de otros poderes del Estado y cuando por razón de materia o territorio se observa la incompetencia de forma patente y palpable. La incompetencia jerárquica sólo entra en los casos muy graves, los leves no porque pueden convalidarse los actos por el superior jerárquico (art. 67.3 LRJPAC).
- **Actos de contenido imposible.** Este supuesto entra en el terreno más de la doctrina que de la realidad. Serían actos imposibles nombrar funcionario a una persona ya fallecida, un acto ininteligible o revocar un acto ya anulado.
- **Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta.** Deben ser actos realizados por funcionarios y sus superiores tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales, no bastando las infracciones administrativas o disciplinarias. Una vez haya sentencia penal (por parte de los tribunales penales y no administrativos), el acto debe ser anulado. Sin embargo, se reconoce una competencia prejudicial a los tribunales contencioso-administrativos para analizar sólo la anulación del acto, sin prejuzgar condena penal o imputación a persona alguna.
- **Actos dictados con falta total de procedimiento o de las normas que rigen a los órganos colegiados.** El defecto de forma puede referirse a la falta del procedimiento o al cambio del procedimiento establecido, en su totalidad o en determinadas formas o requisitos. Las reglas esenciales más importantes de los órganos

colegiados son la convocatoria, el orden del día, la composición del órgano y el quórum de asistencia y votación.

- **Actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento por los que se adquieren facultades o derechos sin tener los requisitos esenciales.** Las Ley extiende la invalidez total a los actos expresos contrarios al ordenamiento cuando de ellos se deduce que se adquieren facultades o derechos sin los requisitos esenciales para su adquisición. No basta que el acto sea contrario al ordenamiento, sino que además ha de darse la ausencia de determinadas circunstancias subjetivas en el beneficiado por el acto.
- **Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición legal.** Deben contenerse en normas con rango de Ley (estatal o autonómica) y no en reglamentos.
- **La nulidad radical de las disposiciones administrativas.** El art. 62.2 LRJPAC señala que también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la CE, 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.
- **Anulabilidad e irregularidad no invalidante**

La anulabilidad se ha convertido en la regla general de la invalidez, al disponer el art. 63.1 LRJPAC que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Estos vicios son convalidables por la subsanación de los defectos de que adolecen y por el transcurso del tiempo establecido para la interposición de los recursos administrativos.

No todas las infracciones del ordenamiento jurídico originan vicios que dan lugar a la anulabilidad. De éstos hay que exceptuar los supuestos de **irregularidad no invalidante** que comprende las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido (sólo serán nulas si el plazo está impuesto en la norma y si así lo impusiera la naturaleza del término) y los defectos formales que no son indispensables para alcanzar el fin propuesto o produzcan indefensión en los interesados.

- **El principio de restricción de la invalidez: convalidación, incomunicación y conversión**

La LRJPAC, congruentemente con la aplicación restrictiva de la invalidez y la preferencia de la anulabilidad, impone una serie de normas para reducir al mínimo las consecuencias fatales de la patología de los actos administrativos.

El art. 67 admite la **convalidación** de los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan. En todo caso, los efectos del acto convalidatorio sólo se producen desde la fecha de éste último. La convalidación de la incompetencia jerárquica deberá efectuarse por ratificación del órgano superior y la convalidación por falta de autorizaciones administrativas se producirá cuando se otorgue legalmente dicha autorización por el órgano competente.

La **incomunicación** de la nulidad se admite tanto de actuación a actuación dentro de un mismo procedimiento (*la invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero*) como de elemento a elemento dentro de un mismo acto administrativo (*la nulidad o anulabilidad en parte del acto no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella*). Consecuencia de ambas reglas es el deber del órgano que declare la nulidad de **conservación** de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad.

La **conversión** es una técnica mediante la cual un acto inválido puede producir otros efectos válidos distintos de los previstos por su autor, ya que según el art. 65 *los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste*.

- **La anulación de los actos inválidos por la Administración**

A la declaración de invalidez puede llegarse por iniciativa de los interesados canalizada por los

correspondientes recursos administrativos o judiciales ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Al margen de estas vías de recurso, el principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos que contradigan al ordenamiento acomodándolos a aquél.

La Administración siempre puede y debe volver sobre sus actuaciones con independencia de que el vicio que origina la invalidez sea la nulidad o la simple anulabilidad. El único impedimento sería que el acto hubiera sido confirmado por sentencia firme.

En los actos limitativos o de gravamen o negadores de derechos no hay impedimento para declarar su invalidez. Esto cambia cuando se trata de la revisión o anulación de actos administrativos inválidos que han creado y reconocido derechos a favor de terceros que se encuentran en posesión y disfrute de los mismos. En estos casos, la Administración debe recurrir a la Justicia para anular estos actos declarativos de derechos a través de lo que se ha llamado el proceso de lesividad. El acto mantiene su validez hasta que una sentencia judicial declare su nulidad. La LRJPAC ha ampliado las posibilidades anulatorias de la Administración.

La garantía de la tutela judicial efectiva obliga a la Administración a seguir la vía de la lesividad cuando quiere ir en contra de sus propios actos. Se exigió en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 el dictamen favorable del Consejo de Estado para declarar la nulidad de los actos nulos de pleno derecho.

La LRJPAC mantiene en líneas generales la regulación anterior para la revisión de los actos nulos, que podrán ser anulados *en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Com. Autónoma, si lo hubiere* (art. 102.1), con previsión de indemnizaciones de daños y perjuicios a los interesados si la Administración ha sido causante de los vicios origen de la nulidad.

Sin embargo, para los actos anulables, actos con un grado inferior de nulidad a la nulidad de pleno derecho, se admite su anulación y el consiguiente desconocimiento de los derechos dentro del plazo de 4 años desde que fueron dictados, siempre que infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario, pero se disminuye la garantía, pues no es necesario que el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la C. Autónoma sea favorable a la anulación.

Sorprendentemente, los vicios más ostensibles del acto administrativo, que dan lugar a la nulidad de pleno derecho, tienen más garantías que los actos simplemente anulables. Además, no se dice nada de los daños y perjuicios en los actos anulables. Lógicamente, para conseguir la anulación de un acto declarativo de derechos, la Administración tratará siempre de calificar la invalidez del acto dentro de su grado menor, la anulabilidad.

La **Ley General Tributaria** tiene un régimen de anulación con menores garantías para los contribuyentes, aunque se ha reformado bastante en los últimos años.

El proceso de lesividad, que implica someter al juez la pretensión invalidatoria de la Administración, está previsto para los actos administrativos declarativos de derechos. Aunque también puede aplicarse a los contratos administrativos. La Ley no exige ahora de forma expresa la lesión económica, pero normalmente se dará una lesión de esta naturaleza o de otra para el interés público y constituirá el interés, el motor que tire de la Administración hacia la anulación del acto. El proceso de lesividad se inicia con la declaración, motivada, que debe realizar el órgano de cada Administración competente en la materia, y deberá adoptarse en el plazo de 4 años desde que se dictó el acto de referencia. El interesado participará en el proceso y no puede recurrir su inicio.

El que un acto sea inválido, de pleno derecho o anulable, no quiere decir que deba ser necesariamente invalidado, ya que es posible que la adecuación del acto al ordenamiento genere una situación todavía más injusta. La LRJPAC señala en su artículo 106 que las *facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando*

por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Cuando la anulación sigue adelante hay que considerar los efectos invalidatorios sobre los derechos reconocidos o las prestaciones efectuadas. Es aplicable en este caso el código Civil cuando señala que, sobre las consecuencias de la anulación de los contratos, son decisivas la buena fe y la falta de culpa para la devolución de las prestaciones recibidas.

- **La revocación de los actos administrativos**

A diferencia de la anulación o invalidación que implica la retirada del acto por motivos de legalidad, la revocación equivale a su eliminación o derogación por motivos de oportunidad o de conveniencia administrativa. El acto es legal pero la Administración decide dejarlo sin efecto.

La revocación encuentra un límite en el respeto de los derechos adquiridos. La potestad revocatoria es más amplia cuando incide sobre actos que afectan únicamente a la organización administrativa o que son perjudiciales o gravosos para los particulares (**revocación de actos de gravamen y sancionadores**). El art. 105.1 LRJPAC señala que las AAPP podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. Además, es preciso que la revocación favorezca los intereses públicos y que no perjudique a terceros.

Los problemas más graves de revocación se presentan cuando la Administración pretende la **revocación de los actos declarativos de derechos** (autorizaciones, concesiones, nombramientos, etc.). En estos casos, se acepta la legitimidad de la revocación pero se cuestionan las causas, los motivos y el derecho a indemnización. Ya se ha comentado antes el art. 106 de la LRJPAC, pero está claro que la revocación es admisible cuando está prevista en el propio acto o en la norma (nuevos criterios, nueva legislación, caducidad, circunstancias imprevistas).

El titular del derecho revocado tendrá o no derecho a indemnización en función de las causas que determinan la revocación y de la naturaleza del derecho afectado. No habrá indemnización si es una revocación por incumplimiento de las condiciones. Sí es indemnizable la revocación cuando la causa legitimadora de la revocación es la adopción de nuevos criterios de apreciación sobre el interés público a los que responde el acto revocatorio, como ocurre con la revocación o rescate de las concesiones. El acto revocatorio debe decidir tanto sobre la retirada del acto primitivo como sobre la indemnización misma. La LRJPAC no señala un plazo específico, pero prohíbe que las facultades de revisión se ejerciten cuando por prescripción, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultare contrario a la equidad o al derecho de los particulares.

TEMA 20

EL PROCEDIMIENTO Y LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

- **La regulación del procedimiento administrativo**

La diversidad de regulaciones sobre procedimientos administrativos provocó una corriente favorable a la unificación de las reglas de procedimiento, lo que hizo la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Esta Ley, aparte de los aspectos procesales o procedimentales propiamente dichos (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, información, documentación y registro de documentos) también reguló el sistema garantizador en vía gubernativa (revisión de oficio, recursos administrativos y reclamaciones previas a la vía judicial), estableció una ordenación general sobre los órganos administrativos (delegación, avocación, conflictos de atribuciones, abstención y recusación, órganos colegiados), determinó el régimen jurídico de los actos administrativos (requisitos, eficacia, invalidez, ejecución) y diseñó algunos

procedimientos especiales (procedimiento sancionador, elaboración de disposiciones generales).

Tanto la CE como la Ley de Bases de Régimen Local señalan que las CCAA y las Entidades locales deben regirse por la legislación estatal en esta materia.

La LRJPAC de 1992 (reformada parcialmente, y en algunos aspectos importantes, por Ley 4/99) absorbe la mayor parte de los contenidos de la Ley del 58, aunque no la deroga. La LRJPAC ha sido seguida del dictado de numerosos reglamentos por todas las AAPP. Unos han sido reglamentos de carácter general (potestad sancionadora, subvenciones públicas, autorizaciones, responsabilidad patrimonial) y otros han sido de carácter sectorial (gestión de personal, procedimientos sancionadores, derechos económicos).

- Los sujetos del procedimiento administrativo. El titular de la competencia. Abstención y recusación

El protagonista máximo del procedimiento administrativo es un órgano de la Administración Pública. De otra parte, están los sujetos pasivos, interesados o afectados por el procedimiento. La LRJPAC dedica a los órganos que instruyen y resuelven los procedimientos diversos preceptos, que tratan de la creación de órganos administrativos (art. 11), de las competencias y de su transferencia (arts. 12–17), de los medios para su ejercicio, coordinación y solución de conflictos (arts. 18–21) y del régimen y funcionamiento de los órganos colegiados (arts. 22–27).

El art. 28 LRJPAC señala como **causas de abstención**, que obligan al titular del órgano a separarse del expediente y que también permiten al órgano superior ordenar al inferior que se abstenga de intervenir, las siguientes:

- Tener interés personal en el asunto de que se trate, ser administrador de sociedad interesada o tener litigios pendientes con algún interesado.
- Tener parentesco dentro del 4º grado o afinidad dentro del 2º con cualquiera de los interesados, administradores de sociedades interesadas o asesores y representantes legales.
- Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente.
- Haber intervenido como perito o testigo en el procedimiento.
- Tener relación de servicio con persona física o jurídica interesada o haberle prestado servicios profesionales.

La no abstención dará lugar a responsabilidad, pero no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido (art. 28.3).

Por las mismas causas, los interesados en el procedimiento podrán promover la **recusación** del titular del órgano en cualquier momento del procedimiento y por escrito se expresará la causa o causas en que se funda. Si el recusado manifiesta que la causa alegada se da, el superior le sustituirá inmediatamente. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones oportunas. Contra las resoluciones adoptadas no cabrá recurso, sin perjuicio de alegar la recusación al interponer el recurso, administrativo o contencioso-administrativo, contra el acto que termine el procedimiento.

- **La iniciación del procedimiento administrativo**

El procedimiento administrativo se inicia de oficio o a solicitud o denuncia de persona u otra Administración Pública interesada. Lo decisivo en la iniciación de oficio es el acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o por denuncia (art. 69). La iniciación del expediente es un acto de trámite no susceptible, en principio, de recurso independiente del acto final resolutorio. La Ley admite que, como cautela antes de la iniciación de un expediente, el órgano competente abra un **período de información previa** con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto

y la conveniencia o no de iniciar el expediente.

El derecho a instar la iniciación de los procedimientos tiene como presupuesto la obligación de resolver de todas las administraciones públicas sobre cuantas solicitudes formulen los interesados, exceptuando los procedimientos de prescripción, caducidad, renuncia o acuerdo.

El procedimiento se inicia con un escrito en que deberán constar el nombre, apellidos y domicilio del interesado, persona que le represente y medio preferente o lugar a efectos de notificaciones. Deberán constar también los hechos, razones y petición en que se concrete la solicitud y el órgano o unidad administrativa a la que se dirige. Se admite la solicitud formulada en un solo escrito por varias personas cuando las pretensiones tengan un contenido y fundamento similar o idéntico, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.

De los escritos que presenten los interesados podrán exigir **copias selladas** y la devolución de los documentos originales. En cuanto a las vías o formas de **presentación de las solicitudes**, lo normal es presentar las instancias ante el órgano que ha de resolverla. Al tiempo, la Ley facilita la recepción de instancias en los registros de cualquier administración pública (Adm. General del Estado, CCAA, Entidades Locales o representaciones diplomáticas).

Recibida la instancia, el órgano competente puede requerir al interesado para subsanar faltas o aportar nuevos documentos, que deberá realizar en un plazo de 10 días, si no lo hace se archivará la petición.

El órgano competente podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las **medidas provisionales** que considere oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, siempre y cuando existan suficientes elementos de juicio para ellos y cuando no se causen perjuicios irreparables a los interesados o se violen derechos amparados por las leyes (art. 72 LRJPAC).

- **La tramitación e instrucción del procedimiento administrativo**

Iniciado el procedimiento, la Administración desarrollará los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución. Estos actos se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos (art. 78.1 LRJPAC).

La aportación de hechos y datos, que es la función primordial de esta fase del procedimiento, tiene lugar a través de diversas técnicas como son las alegaciones de los interesados, el trámite de información pública, los informes, las pruebas y el trámite de audiencia.

- **Las alegaciones escritas y aportación de documentos, vista oral y trámite de información pública.** Las alegaciones son declaraciones de ciencia o conocimientos que formulan los interesados *en cualquier momento del procedimiento, y siempre con anterioridad al trámite de audiencia*. Además, podrán aportarse documentos y otros elementos de juicio que podrán ser tenidos en cuenta por el órgano administrativo. Aunque la LRJPAC no regula la vista oral, sí lo hacen la Ley de 1958 (en su parte no derogada) y la Ley de Procedimiento Económico-administrativo, pero es de un uso muy infrecuente. El trámite de **información pública** supone la llamada pública a opinar sobre cuestiones de hecho o de derecho a cualquier persona, sea o no interesada en el procedimiento. El art. 86 LRJPAC señala que la información pública se abre cuando la naturaleza del procedimiento así lo requiera y se anunciará en el BOE, BO Com. Autónoma o en el BO de la Provincia, a fin de que cuantos tengan interés en el asunto puedan examinar el expediente entero o la parte del mismo que se acuerde. Quienes presenten alegaciones u observaciones tienen derecho a obtener de la Adm. una respuesta razonable. La incomparecencia en este trámite no impide presentar los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

- **Informes.** Son actuaciones administrativas a cargo, normalmente, de órganos especializados que sirven para ilustrar (técnica o jurídicamente) al órgano decisor. No se consideran actos administrativos por lo que no son impugnables. La Ley autoriza que para la resolución del procedimiento se soliciten todos aquellos informes (preceptivos o no) necesarios para resolver. La autoridad titular de la competencia decide libremente sin tener que atenerse a los términos del dictamen, pero el informe tiene una configuración diversa si es vinculante. La Ley también dice que, salvo disposición expresa, los informes serán facultativos y no vinculantes. Si los informes son preceptivos y determinantes para la resolución, deben presentarse en el plazo previsto.
- **La prueba.** Es aquella actividad que se desarrolla durante el procedimiento para acreditar la realidad de los hechos y la vigencia y existencia de las normas aplicables, cuando lo uno y lo otro sean presupuestos ineludibles de la resolución que ha de dictarse. **Objeto de prueba** no son más que los hechos controvertidos, es decir, aquellos sobre los que no hay acuerdo entre ambas partes, no siendo necesario probar la existencia y vigencia de las normas jurídicas aplicables, excepto las normas consuetudinarias o las extranjeras, además de las de las CCAA o municipales. En cuanto a la **carga de la prueba** no hay reglas específicas. La LRJPAC prescribe sólo la obligatoriedad de un período probatorio para cuando la Adm. no crea los hechos alegados por los interesados o así lo exija el procedimiento. La carga de la prueba no puede ser la misma para todos los procedimientos administrativos dada su variedad. El TS ha dicho que en los procesos sancionadores (presunción de inocencia) la carga de la prueba pesa en exclusiva sobre quien acusa, mientras que en los procesos arbitrales, la carga de la prueba cae del lado del actor que debe probar los hechos constitutivos del derecho que reclama. En cuanto a los **medios de prueba**, la Ley admite cualquier medio de prueba, aunque el instructor puede rechazarlas motivadamente si son manifiestamente improcedentes o innecesarias. La **valoración de la prueba** es libre, aunque esto no debe suponer la estimación de pretensiones o condenas sin base probatoria.
- **El trámite de audiencia y vista.** El art. 84 LRJPAC dispone que una vez instruidos los procedimientos, y antes de redactar la propuesta de resolución, el instructor expone el expediente a los interesados para que puedan alegar y presentar nuevos documentos. Este es un trámite obligatorio, ya que su omisión es una causa de nulidad porque produce la indefensión de los interesados. Sólo puede prescindirse de él si no figura en el procedimiento o no se tienen en cuenta otros hechos o alegaciones que las aducidas por el interesado. El período de alegaciones es entre 10 y 15 días, aunque los interesados pueden manifestar no efectuar alegaciones o aportar nuevos documentos.
- **La terminación del procedimiento administrativo**

La LRJPAC regula (arts. 87 y 88) como modos o causas de terminación del procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, la declaración de caducidad, la imposibilidad material de continuar el procedimiento y la terminación convencional.

La **resolución** expresa es el acto administrativo que implica una manifestación de voluntad que decidirá todas las cuestiones planteadas y aquellas otras derivadas del mismo. Las resoluciones contendrán la decisión que será motivada en los casos que determine la Ley. De existir informes o dictámenes, éstos motivarán la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Se expresarán los recursos que contra la misma procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan interponer cualquier otro que estimen procedente.

En 2º lugar, el procedimiento puede cumplir su fin por **terminación convencional** (acuerdos, pactos, convenios o contratos, con personas físicas o jurídicas). Los convenios pueden necesitar la convalidación por parte de otras administraciones y respetar otras normas legales.

En tercer lugar, el procedimiento puede terminar por **desistimiento**, porque el interesado desista de su petición o instancia, lo que significa que se aparta del procedimiento, pero no renuncia del derecho ejercitado a través de él.

La **renuncia** va más allá e implica la renuncia efectiva al derecho que se había ejercitado, razón por la que el

procedimiento deja de tener sentido. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia. Se declarará concluso el procedimiento, salvo que hubiera terceros interesados e instasen a su continuación o el procedimiento entraña interés general o es necesario sustanciar el procedimiento para su definición y esclarecimiento.

Por último, la **caducidad** tiene lugar cuando el procedimiento se paraliza por causa del interesado, en cuyo caso la Adm. le advertirá inmediatamente que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad, con archivo de las actuaciones. La caducidad puede ser recurrida y posee un carácter cuasi-sancionador frente al interesado negligente. La caducidad del procedimiento se dará sobre la base de aquellas circunstancias especialmente calificadas o la imposibilidad material de continuar. El art. 92.2 LRJPAC señala que la caducidad no producirá la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción. En todo caso, la caducidad no produce efecto alguno en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general o sea conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento (art. 92.3 y .4).

• Objeto y clases de recursos administrativos

Los recursos administrativos suponen una primera vía de revisión de la actividad administrativa ante la propia Administración a instancia de los particulares lesionados en sus derechos o intereses. Además, pretenden impedir que la Adm. resulte enjuiciada sorpresivamente ante los Tribunales contencioso-administrativos, civiles o laborales, otorgándole un plazo de reflexión y respiro.

El recurso administrativo tiene una doble perspectiva: 1) la de garantía del particular afectado, al que se permite alegar o discutir la validez u oportunidad de un acto administrativo; y 2) la de privilegio de la Administración, que con ese filtro puede retrasar en su favor el enjuiciamiento por los Tribunales de sus actos y conductas.

En cuanto a las **clases de recursos**, la importante reforma de la LRJPAC en 1999 ha reintroducido el **recurso de reposición** y ha vuelto a llamar al recurso ordinario **recurso de alzada**. Se mantiene el **recurso extraordinario de revisión** para determinadas circunstancias. El art. 107.2 LRJPAC señala además que las leyes podrán sustituir el recurso de alzada por otros procedimientos de impugnación, reclamación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas respetándose siempre los principios, garantías y plazos a los ciudadanos. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha derogado la comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado de la intención de interponer un recurso contencioso-administrativo.

Contra las disposiciones administrativas de carácter general (reglamentos) no cabe recurso alguno en vía administrativa, sí contra un acto que se funde en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general.

El art. 109 LRJPAC dice, tras su modificación en 1999, que ponen fin a la vía administrativa:

- Las resoluciones de los recursos de alzada.
- Las resoluciones de los procedimientos de impugnación (art. 107.2).
- Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición así lo establezca.
- Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que se consideren finalizadores del procedimiento.

Todos los recursos deberán expresar el nombre, apellidos e identificación del recurrente; el acto que se recurre y la razón de la impugnación; el lugar, la fecha, la firma del recurrente y un lugar a efectos de notificaciones; el órgano o unidad administrativa al que se dirige; y otras particularidades que puedan exigirse por

disposiciones específicas. El error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

La interposición de cualquier recurso (art. 111), excepto en los casos en que una disposición diga lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Aunque el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación razonada, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente la ejecución del acto impugnado si pudieran causarse perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se base en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho. Al mismo tiempo que la suspensión, podrán adoptarse las medidas cautelares necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

Si han de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos, se abrirá un plazo de alegaciones. No se tendrán en cuenta los hechos, documentos o alegaciones que no se realicen en el plazo previsto.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declamaré su inadmisión. La resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.

• **El recurso de reposición**

Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Si se interpone el recurso de reposición, no puede interponerse recurso contencioso-administrativo hasta la resolución expresa o desestimación presunta del recurso (art. 116).

El plazo para la interposición del recurso de reposición oscilará entre uno y tres meses, según las circunstancias. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso, sólo el recurso extraordinario de revisión (si procede) y el recurso contencioso-administrativo.

• **El recurso de alzada**

Las resoluciones y actos administrativos que no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los órganos que actúen con autonomía funcional se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o del que haya nombrado al presidente de los mismos. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna (que lo remitirá al competente junto al expediente y su informe) o ante el competente para resolverlo.

El plazo para la interposición del recurso es de un mes si el acto es expreso y de tres si no lo fuera. Si no se interpone el recurso, el acto será firme a todos los efectos. La resolución del recurso de alzada deberá realizarse en tres meses, si no hay resolución se deberá entender desestimado el recurso, salvo que el recurso ya se realice por un silencio administrativo anterior.

Contra la resolución del recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos que procedan.

• **El recurso de revisión**

El recurso extraordinario de revisión podrá interponerse contra los actos firmes en vía administrativa ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando se dé alguna de estas circunstancias (art. 118.1 LRJPAC):

- Que se hubiera producido un error de hecho, resultante de los documentos incorporados al expediente.
- Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.
- Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme.
- Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otras conductas punibles y así se haya declarado en sentencia judicial firme.

El recurso extraordinario de revisión se interpondrá cuando se trate de la primera causa dentro del plazo de 4 años. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

El órgano competente para la resolución podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el art. 118.1 o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos iguales. El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse en un plazo de tres meses desde la interposición del recurso sobre la procedencia del recurso y sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido. Si no se dicta y notifica resolución alguna en plazo, el recurso se entiende desestimado, quedando abierta la vía judicial.

• **Las reclamaciones económico–administrativas**

Son los recursos administrativos en materia tributaria, que se rigen por unas normas específicas, que se encuentran en la Ley General Tributaria. Las reclamaciones económico–administrativas se encomiendan a unos órganos colegiados integrados por funcionarios de la propia Hacienda y estructurados en dos niveles, el Tribunal Central y los Tribunales Regionales (de ámbito territorial coincidente con el de las CCAA). La vía económico–administrativa es el equivalente a los recursos administrativos para la materia tributaria y es necesario agotarla para poder acudir a la vía contencioso–administrativa.

En esta vía se sustancian materias estrictamente tributarias y afines relacionadas con cobros y pagos del Tesoro (gestión, recaudación e inspección de los tributos tanto estatales como autonómicos; pago de pensiones y derechos pasivos; ingresos de las Haciendas Locales). Los Tribunales Regionales conocen en primera o única instancia según la cuantía. El Tribunal Económico–Administrativo Central conoce en única instancia de los recursos contra actos de los órganos centrales del M. de Hacienda u otros como la Agencia Tributaria y en segunda instancia conoce de los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones de los Tribunales regionales y de los recursos extraordinarios de revisión. El Ministro de Economía y Hacienda conoce de las reclamaciones que en que deba oírse al consejo de Estado, de las que considere el Tribunal Central que deba resolver y del recurso extraordinario de revisión cuando él mismo hubiese dictado el acto recurrido.

La vía económico–administrativa se adecua en general a los principios generales regulados en la LRJPAC, aunque ofrece algunos rasgos peculiares (recurso de reposición, la legitimación activa y la suspensión siempre favorable al recurrente).

TEMA 22

LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

• **Las clases de la actividad administrativa**

La actividad administrativa supone analizar la intensidad de la intervención del Estado en cada sector de la vida social, cuya incidencia es diversa según sea la modalidad de la intervención elegida. El Derecho Administrativo es una disciplina jurídica a la que no le corresponde teorizar en abstracto sobre cuáles deben

ser los fines del Estado o de la Administración, esto son cuestiones ideológicas, políticas e históricas.

La clasificación más usual de la actividad administrativa es aquella que la divide a partir de los fines, sectores o materias. También es fundamental el criterio del efecto que la actividad administrativa causa en la libertad de acción y los derechos de los particulares y que permite distinguir entre **actividad de limitación o de policía** (restringiendo la libertad, los derechos o la actividad de los particulares), **actividad de fomento** (estimulando e incentivando el ejercicio de la actividad de los particulares) y **actividad de prestación o de servicio público** (la Administración realiza determinadas prestaciones a los particulares. Por ejemplo, sanidad, transporte o educación).

La Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales avalan esta división tripartita al regular la intervención administrativa en tres sectores: policía, fomento y servicio público. No obstante, estas tres formas no agotan la realidad de la actividad de la Adm. española, ya que parece obligado separar de la actividad administrativa de limitación o de policía la **actividad administrativa sancionadora**, ya que no restringe ningún derecho puesto que el Derecho se ha vulnerado por los particulares.

La **actividad arbitral** y de mediación de la Administración es cada vez más extensa. En este caso, la Adm. no restringe derechos, ni da prestaciones ni fomenta nada, sino que arbitra entre pretensiones contrarias de los particulares.

Normalmente, las formas de la actividad administrativa operan en todos los campos de intervención de la Administración, aunque pueden estar presentes en diversa medida. Las técnicas expuestas son modos externos de actividad de la Administración, además también desarrolla una **actividad interior o reflexiva** sobre su propia estructura (teoría de la organización, de los funcionarios y de los contratos administrativos). Otros autores han añadido la **actividad de planificación**, que puede ser muy diversa (planes, programas de actuación, compromisos). También se ha difundido una clasificación que distingue entre la actividad **jurídica, material o técnica**, según se exteriorice o no la intervención administrativa en actos formales o simplemente materiales. Por último, se advierte que la Administración puede desarrollar su **actividad a través de normas de Derecho público o de Derecho privado**.

- **El principio de legalidad**

Toda la actividad administrativa está sujeta al principio de legalidad, igualdad, proporcionalidad, buena fe e interés público.

- **El principio de legalidad.** El art. 103 CE dice que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, lo que supone el sometimiento al Ordenamiento jurídico. No toda la actividad administrativa debe ser regulada por Ley, sólo aquella que comporte limitación de derechos y libertades de los ciudadanos. Es evidente que no es posible precisar para todos los casos el grado con que ha de exigirse que la ley regule la materia en cuestión y el margen de desarrollo que puede dejar al poder reglamentario. La Ley o el Reglamento son presupuestos de la actividad administrativa, ya que no puede entenderse una actuación material lícita de la Administración sin acto previo (art. 93 LRJPAC) ni tampoco acto lícito sin una norma previa legal o reglamentaria.
- **El principio de igualdad.** Viene impuesto por el art. 14 CE. Principio de igualdad de condiciones y prestaciones ante la ley y derecho a no discriminación.
- **La proporcionalidad.** Los medios empleados deben corresponderse con los resultados.
- **El principio de buena fe.** Rige las relaciones entre la Adm. y los administrados, de la misma forma que rige las relaciones entre los particulares según el Código Civil.
- **El interés público.** Interés común que sirve de justificación a toda la actividad administrativa. El beneficio debe redundar en una gran parte de la sociedad. El interés público tiene determinadas limitaciones, como la vida privada o el principio de igualdad.
- **La actividad administrativa de limitación**

Por actividad administrativa de limitación o de policía se entiende aquella forma de intervención mediante la cual la Administración restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de éstos. En los últimos años, la doctrina postula la sustitución del término policía por el de actividad administrativa de limitación.

Según la Ley de Bases de Régimen Local, son actividades de limitación el dictado de ordenanzas y bandos, el sometimiento previo a licencia o control preventivo y las órdenes constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. Por otra parte, no son medidas de limitación la coacción y la sanción, ya que operan en el ámbito del Derecho garantizador de un orden jurídico que ha sido perturbado.

La actividad administrativa de limitación supone que la incidencia negativa de ésta sobre la libertad de los particulares sea consecuencia del ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no efecto directo de una ley. Pueden existir también limitaciones legales (deber de información, nacionalizaciones, deberes fiscales).

- **Los grados de limitación en la libertad y derechos de los particulares**

La actividad administrativa de limitación de los derechos y libertades de los administrados responde a una escala o progresión, según la intensidad de la medida interventora:

- En el grado menor de la intervención administrativa se consignarían los deberes o cargas que la Adm. puede exigir a los administrados de comunicar determinadas circunstancias (remisión de información, inscripción en un registro público, uso de un objeto, obligación de soportar inspecciones).
- El sometimiento del ejercicio de un derecho a una autorización es un punto superior de intervención administrativa. En esta caso la Administración constata que se dan las condiciones requeridas se cumplen (licencias de caza o pesca, permisos de conducir, licencias urbanísticas).
- El grado siguiente de limitación lo constituye la prohibición formal de hacer o la imposición de una determinada conducta positiva (orden de cierre a determinadas horas, vacunaciones obligatorias, servicio militar o prestación social, prohibición o imposición de cultivos).
- Otra forma de limitación de derechos es también su sacrificio o privación a favor de un interés público mediante una indemnización (expropiación forzosa).

- **La autorización**

- **Concepto de autorización**

Es la técnica reina del control preventivo, ya que implica condicionar el ejercicio del derecho a una previa actividad administrativa, y supone hacer posible el ejercicio de un derecho o facultad que ya pertenece al administrado. La autorización no tiene ninguna connotación de privilegio o exoneración del cumplimiento de obligaciones legales. Según el Reglamento de adecuación a la LRJPAC de las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, se concibe la autorización no como un derecho preexistente sino desde la potestad autorizatoria.

La autorización supone un acto reglado, de forma que debe determinarse si la actividad (construcción urbanística) o el ejercicio del derecho (permiso de conducir) cumplen las exigencias legales o reglamentarias.

- **Diferencia con la concesión**

En general, en todos aquellos casos en que se da una limitación de la actividad (caza, taxis, farmacias) el número reducido parece transmutar la idea del derecho o posibilidad de todos los ciudadanos a ejercer una actividad o un derecho a la contraria, el privilegio de la Administración mediante la concesión. Tanto las autorizaciones como las concesiones están debidamente regladas, pero debe limitarse el concepto de autorización a los supuestos en que no hay limitación numérica de los beneficiarios ni discrecionalidad en el

otorgamiento (licencia municipal para abrir un bar, permiso de conducir, licencia urbanística) y el de concesión a los demás supuestos que permiten la discrecionalidad o se limita el número de beneficiarios en función de condiciones legales definidas.

- **Las autorizaciones de efecto continuado**

Cuando se establece sobre una autorización una relación duradera y legitimante de nuevas formas de intervención, es que se están haciendo pasar por autorizaciones supuestos de concesión, o bien ocurre que se confunde el acto de autorización con otras técnicas limitativas. Una cosa es la autorización misma y otra las condiciones y modalidades de prestación, las sanciones aplicables y los supuestos de revocación de la autorización.

- **Condicionamiento, transmisión y extinción de las autorizaciones**

Concibiendo la autorización como un acto reglado, no puede aceptarse que las autorizaciones puedan modularse discrecionalmente a través de **determinaciones accesorias** (condición, término y modo) incidiendo sobre los efectos del ejercicio del derecho. Las condiciones de las licencias deben estar previstas en la propia normativa que regula el permiso.

La **transmisibilidad** se admite en función del grado de personalización que la actividad autorizada tenga. No pueden transmitirse las otorgadas a una persona concreta (permiso de armas) pero sí las que se otorgan en función de objetos (licencias urbanísticas) siempre que se informe a la administración competente.

La **extinción** de las autorizaciones se produce por la ejecución de la actividad autorizada (condiciones de obras) o por el transcurso del plazo por el que fueron otorgadas. También se extinguen por su revocación o anulación.

- **El procedimiento autorizatorio**

Mediante el RD 1178/1994 sobre procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones se desarrolló lo establecido en la LRJPAC en la materia. La estructura del procedimiento no puede ser más simple: solicitud de autorización, aportación de documentos y resolución motivada. El plazo de resolución de los procedimientos autorizatorios es de tres meses, entendiéndose estimadas las solicitudes si hubiere transcurrido este plazo sin resolver. Sin embargo, esta generosidad del silencio administrativo es aparente puesto que se excluye de él un gran número de autorizaciones (seguridad ciudadana, extranjería, sanidad, transportes, títulos académicos, etc.).

- **Órdenes, mandatos y prohibiciones**

La Administración puede emitir órdenes positivas (mandatos que obligan al administrado a una determinada actividad) como negativas o prohibiciones absolutas. Las **órdenes** son actos por los que la Administración, sobre la base de una potestad de supremacía, hace surgir a cargo de un sujeto un deber de conducta positivo (mandato) o negativo (prohibición), cuya inobservancia expone al obligado a una sanción en caso de desobediencia.

Las órdenes pueden requerir un acto administrativo o venir establecidas en un reglamento de carácter general (ordenanzas, bandos). Las órdenes deben justificarse en una norma legal y pueden estar legitimadas por una potestad de supremacía (Seguridad ciudadana, materia sanitaria, contratos de la Administración, funcionarios, usuarios de servicios públicos). La orden de policía consiste en la obligación de obedecer conforme a su contenido.

Las órdenes, mandatos y prohibiciones cuentan con un amplio sistema garantizador, que normalmente es más

enérgico en las órdenes dictadas en una relación de supremacía especial.

- **Concepto y evolución de la actividad administrativa de fomento**

Por actividad de fomento se entiende aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos, sin usar la coacción ni crear servicios públicos. La técnica de incentivar actividades privadas (mecenazgo) es conocida desde hace mucho tiempo y es desde el siglo XVIII cuando en España ese modo de la acción pública resurge con fuerza.

En el siglo XIX los estímulos económicos cobran decisiva importancia para la realización de las obras públicas por los particulares (ferrocarriles, obras hidráulicas). La Ley 152/1963 sobre Industrias de Interés Preferente en los Planes de Desarrollo Económico racionalizó el uso de ayudas públicas. Los polígonos industriales y zonas de preferente localización se han prolongado hasta hoy con la ley 27/1984 sobre reconversión y reindustrialización.

La CE alude en numerosos preceptos de la actividad administrativa de fomento como una manifestación más de la actuación administrativa y que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, las organizaciones de consumidores o las sociedades cooperativas. La CE dice que el fomento de la investigación científica y técnica es una competencia del Estado mientras que el fomento del desarrollo económico de la Comunidad lo es de las CCAA.

La técnica de fomento se ha utilizado en muchos otros sectores (educación, patrimonio histórico-artístico, etc.).

- **Los incentivos económicos. Las subvenciones: concepto y naturaleza**

Los incentivos económicos ocupan un lugar relevante entre las medidas de fomento de la actividad de los particulares hacia fines considerados de interés general. Son un cauce a través del que los poderes públicos orientan y corrigen el sistema de mercado en una determinada dirección. El fomento mediante estímulos jurídicos y económicos ha sido siempre un título que ha permitido a la Adm. intervenir, ordenar y controlar las actuaciones privadas apoyadas por ayudas públicas. Sin embargo, este intervencionismo ni es ilimitado ni indiscriminado, ya que debe acomodarse a la medida de las potestades administrativas.

En cuanto a las **clases** de estímulos económicos, la doctrina distingue entre aquellos que no significan un desembolso inmediatos sino más bien una pérdida de ingresos (exenciones y desgravaciones fiscales) y aquellos que comportan una efectiva salida de dinero público a favor de un particular u otra administración. Dentro de esta última clase están los anticipos (préstamos reintegrables a bajo o nulo interés), primas (premios en base a circunstancias objetivas), subsidios (vejez, familia numerosa) y seguros de beneficios industriales.

Las ayudas económicas pueden ser previas, si se conceden y entregan antes del cumplimiento de la actividad (becas, préstamos), o posteriores a la actividad desarrollado.

La doctrina tiende a considerar estímulos económicos sólo aquellos que tienen una inmediata traducción dineraria, olvidando los **estímulos económicos en especie** (aprovechamiento de bienes de dominio público). El régimen de la actividad de fomento por medio de estímulos económicos está dominado por el **principio de legalidad**, ya que tanto la CE como las Leyes Generales Tributaria y Presupuestaria exigen que todo beneficio fiscal y las obligaciones que emanen del Estado deban recogerse en una Ley. De esta reserva de legalidad se deduce, en principio y con excepciones, que no se puedan exigir obligaciones dinerarias de los entes públicos que no estén recogidas en los presupuestos.

La **subvención** es una atribución patrimonial a fondo perdido (se excluyen las exenciones fiscales, la

devolución de impuestos y los créditos subvencionados) de una Administración pública como sujeto activo otorgante a favor de un particular (se excluyen las entidades estatales autónomas y la financiación de las Entidades locales) que supone una afectación inicial de la atribución patrimonial al desarrollo de una actividad del beneficiario. La legislación tiene un concepto más amplio de la subvención ya que engloba en ese concepto toda clase de estímulos económicos. La Ley General Presupuestaria de 1991 comprende bajo el término Ayudas y subvenciones públicas toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado y sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social y cualquier ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos europeos.

En cuanto a la **naturaleza jurídica de la subvención** es incuestionable la calificación jurídico-administrativa de la relación jurídica que se crea con el otorgamiento de la subvención y la competencia de la jurisdicción de este orden para conocer de las incidencias y conflictos que se originen sobre la base de las mismas. FARRERES ha calificado la subvención como una *relación jurídica unilateral nacida de un acto administrativo del que nace un derecho de crédito a favor del particular beneficiario frente a la Administración Pública otorgante*.

El **acto de otorgamiento** de la subvención es un acto reglado, no discrecional, que puede ser impugnado por terceros debido a intereses competitivos comerciales. Ha ido creciendo la tendencia a la **procedimentalización** en el otorgamiento de las ayudas económicas, que exigen respeto a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. Cada vez más la Administración toma la iniciativa y anuncia su disposición de conceder determinados beneficios a los administrados que, con arreglo a determinados baremos, resulten de mejor condición, facilitándose el control judicial.

Para la validez del otorgamiento es necesaria la **consignación presupuestaria**, siendo, en principio, nulos los actos administrativos que otorguen subvenciones sin aquella cobertura. El **principio de riesgo compartido** implica que la subvención no es pura donación que libera al beneficiario de todo riesgo o aportación a la actividad subvencionada. En ningún caso, el importe de la subvención (aisladamente o en concurrencia con ayudas de otras administraciones) podrá superar el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

• La subvención en el Derecho Comunitario Europeo

La entrada de España en la CEE supuso la inserción en el ordenamiento jurídico español de todas las prohibiciones y limitaciones que se imponen a las políticas incentivadoras de todos los Estados para facilitar la competencia. El Tratado de la Unión Europea señala que, salvo excepciones, no serán válidas las ayudas estatales que amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Para que pueda considerarse que un determinado apoyo económico a una empresa es contrario a la prohibición comunitaria debe ser una ayuda económica (concepto más amplio que el de subvención) mientras que la subvención es en metálico o en especie. El Tratado comprende no sólo las subvenciones sino también las exenciones de impuestos, la bonificación de intereses o los suministros.

El Tratado de la UE dice que serán compatibles con el Mercado Común las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, las ayudas destinadas a paliar los perjuicios ocasionados por calamidades naturales u otros acontecimientos extraordinarios y las ayudas concedidas a las regiones del Este de Alemania después de la reunificación.

A su vez, podrán ser compatibles las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de territorios con un nivel de vida muy bajo, ayudas destinadas a estimular la aplicación de un proyecto importante de interés común europeo, las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de ciertas actividades o regiones, siempre que no alteren las condiciones en que se desarrollan los intercambios, y las demás clases de ayudas que acuerde el Consejo y a propuesta de la Comisión Europea.

En todo caso para que las ayudas incurran en la prohibición comunitaria deben ser otorgadas por el Estado (fondos públicos), que afecten a los intercambios comerciales, y que sean de tal entidad que amenacen con falsear la libre competencia. La Comisión y el Consejo realizan una triple actividad examinadora, preventiva y sancionadora sobre las subvenciones. El Estado implicado puede apelar al Tribunal de Justicia de la UE.

- **La actividad de prestación o de servicio público**

Es aquella por la que la Administración, sin limitar ni incentivar la actividad privada, satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Estos servicios pueden ser muy variados, como la sanidad, el transporte, la enseñanza, etc. En el s. XX la actividad de prestación no deja de crecer, extendiéndose a la producción industrial de bienes.

Con el término servicio público no se designa exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella y de los órganos de la administración, con independencia de que la actividad que desarrollen sea de prestación, limitación o fomento. La generalidad del término servicio público justifica su sustitución por el de actividad de prestación. El régimen de servicio público debe estar previamente establecido y definido como tal antes de su concesión a los particulares, y debe reunir estas condiciones:

- No implicar el ejercicio de poderes soberanos.
- Publicación de la actividad, determinando el alcance de las prestaciones a favor de los administrados.
- El servicio o actividad debe tener un contenido económico susceptible de explotación por empresarios particulares.

- **Actividades de prestación pública y actividades privadas**

La actividad de prestación pública con funciones soberanas está en crisis pues venimos asistiendo a una tendencia privatizadora de actividades consideradas como propias y exclusivas de la soberanía (empresas de seguridad privada, cárceles privadas, etc.). Resulta muy difícil establecer un criterio material que precise qué actividades deben confiarse a la iniciativa particular y cuáles son públicas por naturaleza. El liberalismo y el socialismo tienen visiones diferentes y no unívocas sobre la cuestión. La determinación de unas y otras depende de lo que decida el poder político en cada circunstancia, mediante la reserva de determinadas actividades al sector público a través de la nacionalización, siempre realizada desde parámetros constitucionales.

La CE pretende ser neutral: reconoce *la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado* (art. 38) y prescribe *la iniciativa pública en la actividad económica*. No obstante, hay una cierta preferencia a favor del sector privado para el ejercicio de sus actividades económicas.

La Ley de Bases de Régimen Local, después de reservar a las Entidades locales ciertos servicios esenciales (basuras, agua, gas y calefacción, matadero, mercados, cementerios, transporte público) señala que el Estado y las CCAA podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. Así, pueden establecerse diversas fronteras entre el sector público y el privado en las distintas partes del territorio nacional. Cuando la Entidad local decida ejercer en monopolio una actividad deberá aprobarse por el Pleno de la Corporación y por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

- **Las formas de gestión de los servicios públicos**

La actividad de prestación o de servicio público puede ser cumplida por la Administración en régimen de Derecho público o por medio de organizaciones privadas propias. En el primer caso, los servicios pueden prestarse tanto por gestión directa de la Administración, como indirecta a través de los particulares (concesión

administrativa).

La **gestión directa** admite formas de **Derecho público y de Derecho privado**. Entre las primeras están la gestión por la propia entidad (personal y actuación dependientes de la Administración) y la gestión por un Organismo autónomo (organización especializada). Como forma privada de gestión se prevé la gestión a través de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles.

En cuanto a las formas de **gestión indirecta**, todas ellas suponen la intervención de un particular o de una empresa mixta ligadas a la Administración titular del servicio por una relación contractual (determinada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En los Entes locales, las formas de gestión indirecta son la concesión, la gestión interesada, el concierto, el arrendamiento, las cooperativas y la sociedad mercantil. En estos dos últimos casos, con participación minoritaria en el capital social.

TEMA 21

LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATO

(La legislación básica de este tema es la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas. Durante el curso actual, 1999–2000, se ha promulgado la Ley 53/1999 que modifica sustancialmente esta ley y que no recoge ningún libro de texto). Este tema se ha elaborado con el libro de Parada (edición 1998) y el BOE de 29–diciembre–1999 que contiene la nueva normativa.

• La Administración y el contrato

La posibilidad de que la Administración contrate con los particulares y cumpla lo acordado no ofrece hoy ninguna dificultad, pese a que históricamente se vio al Estado como un poder soberano que podía imponer su voluntad. Posteriormente, la doctrina ha reconocido la tesis de que la Administración cuando contrata lo hace como un simple particular y queda obligada a cumplir con lo pactado.

El recurso cada vez más frecuente a la técnica contractual y el retraimiento de la acción directa de la administración sigue la moda liberal y privatizadora de adelgazamiento de las AAPP, que rechaza la prestación directa de determinados servicios y funciones cuando éstos pueden ser desempeñadas por personas privadas.

El creciente recurso al acuerdo de voluntades que las figuras del contrato, del convenio o del concierto suponen se debe también a la debilidad política del Estado. Incluso la LRJPAC en su art. 88 admite que la terminación convencional del procedimiento administrativo puede sustituirse por acuerdos, pactos, convenios o contratos.

La institución contractual ha penetrado también en la organización administrativa y la función pública, espacios antes reservados (en virtud de los principios de centralización y jerarquía) a relaciones jurídicas unilateralmente impuestas. La sustitución del sistema centralista por el autonómico ha abierto la regulación de las relaciones interadministrativas entre entes públicos. De otro lado, una fuerte corriente privatizadora del sector público ha llevado al contrato laboral buena parte de las relaciones de empleo público.

El otorgamiento de competencias a las CCAA sobre clasificación y revisión de los contratos que pueden celebrar ha creado un grave problema funcional (disfuncionalidad y despilfarro de dinero) y jurídico (poderse separar de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La autorización para contratar está sujeta a revisiones en función de la evolución y la solvencia técnica del clasificado. Los acuerdos los adoptarán la Junta Consultiva de Contratación administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, a través de Comisiones clasificadoras (art. 29.1 LCAP, redacción 1999). El plazo para

la clasificación y revisión de las clasificaciones será de 4 meses, entendiéndose desestimada la petición si no recayera resolución expresa.

- **Clases de contratos de la administración**

La LCAP ha ampliado la nómina de los contratos administrativos merecedores de una regulación singularizada, añadiendo a los de obra, gestión de servicio público y suministro los de consultoría y asistencia técnica, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales. Existen profundas diferencias entre unos y otros por razón de su objeto. Mientras los contratos de obras y suministros, así como los de consultoría y asistencia y servicios, son contratos de celebración por los particulares, el contrato de gestión de servicios públicos no es susceptible de conclusión entre particulares y su construcción normativa se basa en normas de Derecho administrativo.

Existe una regulación principal para todos los contratos y una específica para cada uno de ellos, de menor significación que el régimen general.

Es en Francia y España donde opera un contrato administrativo que es desconocido para otros Derechos. En los dos países se atribuyeron a la justicia administrativa los contratos más frecuentemente celebrados por la Administración, lo que supuso la elaboración de un diferente régimen procesal y la elaboración por la Jurisdicción Administrativa de unas reglas y principios diversos para estos contratos de los que regían en los tribunales civiles.

- **Los criterios de definición del contrato administrativo**

La Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), modificada parcialmente en diciembre de 1999 (Ley 53/1999), afecta a todos los contratos que las administraciones celebran, pero su aplicación integral sólo tiene lugar respecto de los contratos administrativos. El criterio tradicional de distinción de los contratos de las Administraciones Públicas hacía referencia a la relación del contrato con una obra o servicio público.

En la actualidad la LCAP hace de la relación instrumental del contrato con el servicio o la obra pública el criterio central para calificar un contrato como administrativo. El art. 5 LCAP (redacción 1999) señala que los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado. Los contratos administrativos **típicos**, considerando como tales la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, la realización de suministros, los de consultoría y servicios (con algunas excepciones), etc. Todos ellos se rigen por la LCAP y por el Derecho Administrativo, los demás por el derecho privado. En un segundo nivel la Ley sitúa los contratos administrativos **especiales**, que son aquellos que tienen una naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública o por establecerlo una ley. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar el carácter de contratos administrativos especiales, las garantías provisionales y definitivas, las prerrogativas de la Administración, el alcance de las prórrogas, las causas específicas de resolución y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 8 LCAP redacción 1999).

Nada dice la LCAP sobre el efecto definitorio de las cláusulas de sumisión expresa a la Jurisdicción Administrativa o civil que las partes pudieran incluir en los contratos. Aunque el derecho español niega toda validez a esta cláusula por considerarla contraria a los criterios legales de determinación de competencia.

- **Las prerrogativas de la Administración durante la ejecución del contrato administrativo**

Los poderes y privilegios de la administración se han recogido como poderes sustantivos en las leyes reguladoras de la contratación administrativa. El legislador ha impuesto esa diferencia entre los contratos

administrativos y los contratos civiles. El art. 60 LCAP dice que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos, dando audiencia al contratista. Todos estos acuerdos deberán ser adoptados previo informe del servicio jurídico correspondiente, también será preceptivo un informe del Consejo de Estado u órgano equivalente de las CCAA en dos casos: la interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista; y modificaciones del contrato cuando la cuantía de las mismas supere un 20% del precio primitivo y supere los 1.000 millones de pesetas.

La Jurisprudencia interpreta de modo muy amplio este privilegio de decisión unilateral. Poderes formales o procesales: En primer lugar, el **poder de dirección y control** comporta la posibilidad de dar órdenes e instrucciones al contratista, órdenes ejecutorias que el empresario ha de cumplir bajo amenaza de las sanciones previstas en el contrato o en los pliegos de condiciones, incluso si la administración opta por su rescisión.

Otra potestad de la administración es la de **interpretación unilateral** de los contratos administrativos, antes de que un Juez los interprete en un eventual proceso. Esta potestad interpretativa no puede ser caprichosa o parcial, debiendo adecuarse a las normas de interpretación de los contratos del Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia del TS ha señalado que las cláusulas de los contratos administrativos están redactadas por la misma Administración, siendo por tanto lógico que ella las interprete.

El **poder de anulación** es válido cuando el contrato ha sido indebidamente celebrado. Los contratos serán inválidos cuando lo sea alguno de los actos preparatorios o el de adjudicación. Son causas de nulidad (art. 62 LCAP redacción 1999) las que señala el art. 62.1 LRJPAC (las que lesionen derechos, los dictados por órgano incompetente, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal, etc.); la falta de capacidad de obrar o la solvencia económica o técnica; estar incursos en incompatibilidades o prohibiciones; y la carencia de crédito por parte de la Administración. Son causas de anulabilidad otras que señala la Ley y las que dice el art. 63 LRJPAC (infracción del ordenamiento, defecto de forma, plazos). La declaración de nulidad podrá acordarse por el órgano de contratación de oficio o a instancia de los interesados y tendrá como efectos la resolución del contrato, devolviéndose cantidades e indemnizándose cuando proceda.

El poder modificador del objeto del contrato supone un poder sustantivo que llega a imponer al contratista determinadas variaciones en las prestaciones debidas. Se justifica en las conveniencias del servicio y en el interés público (art. 102 LCAP), aunque las modificaciones deberán formalizarse en documento administrativo y será preceptiva la intervención del M. de Hacienda si se superan los mil millones de pesetas. También la modificación de las tarifas en la gestión de servicios públicos es potestad de la Administración, aunque indemnizando al contratista cuando se le altere su equilibrio económico.

El **poder de suspensión** se sujeta a dos condiciones: levantar un acta donde se consignen las circunstancias que han motivado la suspensión y la indemnización al contratista de los daños y perjuicios. El contratista sólo tendrá derecho a la suspensión si se demora el pago más de 4 meses.

La Administración tiene un **poder de sanción** con carácter general para los casos de incumplimiento de los plazos o de los resultados. El órgano de contratación podrá acordar unas penalidades distintas atendiendo a las particularidades del contrato (multas, resolución, etc.). Es una regulación dura frente al contratista, pero muy confusa.

- **El derecho del contratista al equilibrio económico**

Los extraordinarios poderes que la Administración ostenta en el contrato sobre el fondo y la forma tienen una importante contrapartida en el derecho del contratista al equilibrio económico del contrato, que se concreta en

tantas acciones de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios.

Todas las reglas de la contratación administrativa parecen resumirse en dos: por una parte, la Administración hace y deshace, compone y modula a su criterio las prestaciones debidas por el contratista y por otra, el contratista tiene derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual.

La alteración a la economía del contrato puede provenir del ejercicio por la Administración contratante del ejercicio del poder de modificación unilateral. De aquí el derecho del contratista a la **compensación por el ejercicio del *ius variandi***, derecho reconocido claramente en el contrato de gestión de servicios públicos: *cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que fueron considerados básicos en la adjudicación del contrato* (art. 164.2 LCAP). Para la Jurisprudencia, la compensación económica por el ejercicio del *ius variandi* debe alcanzar el daño emergente y el lucro cesante.

Encajan también en el derecho del contratista al equilibrio económico las **indemnizaciones de daños y perjuicios a terceros de cuenta de la Administración**, cuando hayan sido ocasionados como consecuencia directa de una orden suya, así como las que se deriven de los vicios del proyecto elaborado por la Administración. Los terceros podrán requerir, en el plazo de un año, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a qué parte corresponde la responsabilidad de los daños.

También garantiza el equilibrio económico del contrato el derecho del contratista a las **compensaciones dinerarias por mora de la Administración**, consistentes en el derecho a percibir el interés legal del precio del contrato, aumentado en 1,5 puntos. El contratista puede también ser perjudicado en sus derechos económicos no sólo por una conducta de la Administración que con él contrató y desde el interior del contrato, sino también al margen del mismo y por causas originadas por el comportamiento del Estado (nueva legislación, nueva reglamentación, actuación de otros poderes públicos). En estos casos, también el contratista tendría derecho a indemnización (art. 145 LRJPAC redacción 1999 y art. 168.d) LCAP) siempre que la explotación del servicio sea imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

- **La preparación de los contratos de la Administración**
- **Pliegos de contratación**

Antes de la adjudicación y formalización de los contratos, la Administración debe definir con la mayor claridad su contenido y acreditar en el expediente todos los extremos. Para definir el contenido prestacional de los contratos se ha distinguido entre cláusulas administrativas generales y prescripciones técnicas generales, de una parte, y cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares, de otra.

Las **cláusulas administrativas generales** son las típicas a las que se acomodará el contenido de los contratos. Los pliegos de contratación señalarán las cuestiones jurídicas, económicas y administrativas que serán objeto de aplicación (derechos, obligaciones, régimen económico, límites, resolución, plazo de garantía, etc.).

Por su parte, los **pliegos de cláusulas administrativas particulares** determinan y precisan el verdadero contenido de cada contrato, incluyendo los pactos y condiciones definitorias de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato.

La relación entre ambas clases de pliegos es de subordinación, porque los primeros los aprueban por el órgano superior de cada Administración territorial. La omisión de algunas cláusulas no puede afectar al contratista y sí afecta al órgano que omite ese deber. Cada Administración puede aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, siendo asimismo preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.

La Ley establece la figura de los pliegos de **prescripciones técnicas generales** a que haya de ajustarse la prestación a contratar por la Administración en cada clase de contrato y los pliegos de **prescripciones técnicas particulares**. Las generales hacen referencia a normas nacionales o europeas. En ningún caso se indicarán marcas, patentes o tipos que puedan tener como efecto favorecer a determinadas empresas o determinados productos. Según el art. 53 LCAP no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificidades técnicas relativas a dichos contratos siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado.

- **Los expedientes de contratación**

Son las actuaciones burocráticas que van desde el comienzo mismo del proceso de contratación hasta que se inicia el proceso de adjudicación. Antes de la formalización del contrato hay dos expedientes diferenciados: el expediente preparatorio y el expediente de adjudicación. De ambos expedientes se liberan los llamados contratos menores, que tienen un único procedimiento simplificado.

Con el expediente de contratación ordinario se delimita el objeto del contrato, sus condiciones y garantizar la existencia de crédito presupuestario. Son tres las clases de expedientes previos: ordinario, urgente y de emergencia. Los dos últimos se realizan en un tiempo menor por razones de urgencia prescindiendo del expediente preparatorio.

La **tramitación ordinaria** consiste en la reunión en un expediente de las actuaciones relativas a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del gasto correspondiente. También figurarán las prescripciones técnicas, el certificado de existencia del crédito y la fiscalización de la intervención. Deberá incorporarse, siempre que el contrato suponga gastos para la Adm., el certificado de existencia de crédito. Una vez reunidos los documentos el órgano de contratación dictará resolución aprobando el gasto y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Esta resolución es un trámite de efectos internos que abre el procedimiento externo de adjudicación, por lo que no es recurrible.

Podrán ser objeto de **tramitación urgente** los expedientes que se refieran a contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación convenga acelerar por razones de interés público. El expediente contendrá la declaración de urgencia debidamente razonada. La Administración podrá acordar la ejecución del contrato, aunque no se haya formalizado éste, siempre que se haya constituido la garantía definitiva correspondiente. El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a dos meses desde la adjudicación (art. 72 LCAP redacción 1999)

La **tramitación de emergencia** (art. 73 LCAP redacción 1999) prescinde de toda la actividad preparatoria, expediente previo y expediente de adjudicación, procediéndose directamente al otorgamiento del contrato. Se admite la tramitación de emergencia en aquellos casos en que deba actuarse de manera inmediata a causa de catástrofes, situaciones de peligro o en caso de necesidades de la defensa nacional. En estos casos el órgano de contratación puede ordenar la ejecución de lo necesario para reparar el evento producido, satisfacer las necesidades o contratar libremente su objeto, sin sujetarse, en todo o en parte, a los requisitos formales de la ley. De este acuerdo se informará al Consejo de Ministros si lo realiza la Adm. General del Estado u Organismos Autónomos.

- **La contratación menor**

Los **contratos menores** (arts. 57, 121, 177 y 202 LCAP) son los que tienen un valor de menos de 2 millones de pesetas o de 5 millones en caso de contratos de obras. Se libran del expediente previo y del expediente de adjudicación. No hay procedimiento alguno sino un simple acuerdo de voluntades que debe documentarse.

- **Los procedimientos de adjudicación de los contratos de la Administración**
- **Las clases de procedimientos de adjudicación**

Los procedimientos vigentes son el resultado del cruce de dos concepciones distintas sobre la selección de contratistas: la concepción española (rígida y desconfiada, que sólo admitía la subasta como regla general) y los procedimientos franceses y comunitarios (más flexibles y conocidos como procedimientos abiertos, restringidos y negociados y que han desplazado a los primeros). La LCAP distingue tres tipos de procedimientos: abierto, restringido y negociado; y dos formas de adjudicación: la subasta y el concurso.

Procedimiento **abierto** es aquel en que todos los empresarios interesados pueden presentar una proposición, y por ellos todos los que concurren son licitadores. Es **restringido** cuando sólo pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos, distinguiéndose así entre el candidato y el licitador. En el procedimiento **negociado** (contratación directa) el contrato es adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, admitiéndose dos variedades: con publicidad o sin publicidad (art. 74 LCAP).

Los procedimientos abiertos o restringidos no son suficientes para proceder a la adjudicación, por lo que es necesario cruzar estos procedimientos con las formas o criterios de adjudicación. El art. 75 LCAP dice que *tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por subasta o por concurso. La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo. En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender sólo al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.* En el procedimiento negociado, aunque no hay criterio alguno determinado, se sobreentiende que deberá adjudicarse a la empresa que oferte mejores condiciones.

En el expediente, la Administración contratante deberá justificar la elección del procedimiento y forma utilizados (art. 76.2 LCAP), siendo la subasta y el concurso los procedimientos habituales y el procedimiento negociado un caso excepcional reservado para casos determinados en la Ley.

La Administración suele eludir la subasta en beneficio del concurso por considerar que las prestaciones no deben valorarse únicamente en dinero, que debería ser lo que rigiera. La regulación permite discrecionalidad en la elección de los procedimientos.

• El procedimiento abierto

La adjudicación del contrato se inicia de oficio a través de la publicidad que comportan los anuncios, a los que sigue una fase de instrucción y propuesta ante las mesas de contratación, una fase de resolución ante el órgano de contratación, cerrándose el proceso con la notificación y la publicidad de las adjudicaciones. Estas actuaciones se dispensan en el procedimiento negociado, aunque se exija la publicidad previa, cuando lo exija el Derecho comunitario, la notificación y la publicidad de la adjudicación.

Los procedimientos de adjudicación se inician con los **anuncios** en el BOE o en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (cuando proceda). La publicación en los procedimientos abiertos se realizará en un plazo de 15 días (26 para los contratos de obras), en los restringidos diez días y en los negociados dependiendo de la publicación en el DOCE.

A los anuncios, los aspirantes a contratistas responden con las **proposiciones**, que constituyen su oferta contractual. Las proposiciones son secretas y su presentación presupone la aceptación incondicional por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas. Las proposiciones deberán ir acompañadas de los documentos que acrediten la personalidad jurídica del empresario o de su representación, la clasificación de la empresa y justificación de su solvencia económica, hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y de la SS, el resguardo de garantía provisional y la declaración de sometimiento a los Tribunales españoles (para las empresas extranjeras). Cada licitador sólo podrá presentar una proposición y no podrá figurar

simultáneamente en dos uniones temporales de empresas o individualmente y en una unión temporal de empresas.

Las Mesas de contratación, tras estudiar las proposiciones, formulan una **propuesta de resolución** que elevan al órgano de contratación, el cual, si no adjudica de acuerdo con esta propuesta, deberá motivar su decisión (**resolución final**). El órgano de contratación está facultado tanto para apartarse, aunque motivadamente, de la propuesta como para dejar desierta la adjudicación del contrato (art. 89 LCAP).

La adjudicación del contrato es objeto de **notificación** a los participantes en la licitación y se permite a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite la notificación de los motivos del rechazo de su candidatura o los motivos de la adjudicación a otra oferta. La notificación personal a los interesados no libera de la **publicación** en los Boletines Oficiales (en el BOE o Boletín de la Com. Autónoma obligatorio si se superan los 10 millones de pesetas).

• El procedimiento restringido

Se siguen las normas generales antes dichas, pero con determinadas particularidades referidas a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a los anuncios, a los criterios de participación y al número de participantes. En las cláusulas particulares se determinarán los criterios objetivos sobre la base de los cuales se cursarán las invitaciones (entre 5 y 20) a participar en el procedimiento.

Las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario, la clasificación, el cumplimiento de las condiciones de solvencia económica y técnica, etc. El órgano de contratación seleccionará los concurrentes y les invitará a presentar sus proposiciones, señalándose el día, lugar y hora de la apertura de proposiciones. A partir de aquí el procedimiento es el mismo que el anterior.

• El procedimiento negociado. Solapamiento con los contratos menores

Es un cruce entre la antigua contratación directa y el procedimiento restringido. La Administración deberá negociar con un mínimo de tres empresas, señalándose en el expediente las que participen y las razones de su descarte. El órgano de contratación deberá motivar su decisión si se aparta de la propuesta de la Mesa de Contratación.

El procedimiento negociado se da en casos de muy escasa cuantía (suministros, consultoría u otros) que la LCAP especifica en cada clase de contrato típico o en casos excepcionales. El art. 57 LCAP (redacción 1999) señala que los **contratos menores** se definirán exclusivamente por su cuantía (obras por valor inferior a 5 millones y suministros y servicios por valor inferior a 2 millones) y la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente. Estos contratos no podrán tener una duración superior a 1 año, ser prorrogados o revisarse los precios. Caso de solaparse un contrato menor con un procedimiento negociado, es presumible que el órgano de contratación opte por el régimen más flexible previsto para los contratos menores.

• La subasta y el concurso

La introducción de los procedimientos de adjudicación abiertos y cerrados procedentes del Derecho comunitario ha desplazado a los tradicionales procedimientos de selección de contratistas, la subasta y el concurso, convertidos ahora en simples criterios de adjudicación.

En la **subasta**, la Mesa de Contratación, una vez calificados previamente los documentos presentados, procederá en acto público a la apertura de las ofertas admitidas y a proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato al postor que ofrezca el precio más bajo (art. 83.1 LCAP). El órgano de contratación

tiene la posibilidad de dejar desierta la adjudicación del contrato, puesto que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto, mientras no se le adjudique el contrato por acuerdo del órgano de contratación. El órgano de adjudicación debe seguir a la Mesa de Contratación salvo dos casos: 1) que la propuesta de adjudicación se haya realizado con infracción del ordenamiento jurídico, lo que anularía la convocatoria o eliminaría al licitante afectado por la infracción; 2) que el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda cumplirse debido a **bajas desproporcionadas o temerarias**. Su apreciación se sujeta a criterios determinados reglamentariamente. Deben informar la asesoría jurídica y la Junta Consultiva de contratación administrativa. Se adjudicará a la siguiente oferta que pueda ser cumplida a juicio de la Administración.

Un supuesto de **adjudicación subsidiaria** tiene lugar cuando se acuerde la resolución del contrato porque el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización. En este caso, el siguiente licitador pasa a ocupar el puesto, si lo cree conveniente.

En el **concurso** el precio ofrecido es un factor más a valorar, pero no determinante para la adjudicación. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán los criterios objetivos y ponderados que han de servir de base para la adjudicación (revisión, plazos, características técnicas, mantenimiento, etc.). Asimismo, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando las mismas respondan a requisitos y modalidades de su presentación señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La Mesa de Contratación califica los documentos presentados y abre, en acto público, las proposiciones presentadas y las eleva, con el acta y la propuesta pertinente (incluyendo la ponderación de los criterios) al órgano de contratación, que podrá adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución. La adjudicación debe realizarse en un plazo de tres meses, salvo que en las cláusulas se indique otro plazo.

Queda por determinar si, además del criterio del menor precio (subasta) y el de ponderación de diversos elementos (concurso), existe otro criterio, el de la discrecionalidad absoluta, que se aplicaría en el procedimiento negociado y en los contratos menores, de forma que el órgano de contratación pudiera adjudicar el contrato a quien mejor le pareciere, con independencia del precio ofertado y otras condiciones. En principio, eso no puede suceder, ya que el procedimiento negociado dispensa de los complejos trámites de la adjudicación abierta o restringida, pero no de las formas o criterios de adjudicación propios de la subasta o del concurso, de manera que deberá justificarse la elección. En este caso son aplicables los principios constitucionales que rigen la actividad administrativa: interés público, principio de igualdad, eficacia, etc.

TEMA 23

SISTEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA

• Introducción. Modelos abiertos y cerrados

Por función pública suele designarse tanto el conjunto de personas a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos como el régimen jurídico al que están sometidos y la organización que les encuadra. Tradicionalmente se entiende que el funcionario es la persona vinculada a una administración pública con una relación más duradera y exigente de la que es frecuente en las relaciones privadas, y que le ofrece expectativas de ascenso o carrera. La seguridad y estabilidad en el empleo están compensadas con un sistema más severo de responsabilidades en los terrenos disciplinario y penal.

La función pública y el régimen laboral son materias movilizadas y fluctuantes que están sometidas a cambios en todos los países. Así, el derecho laboral ha tomado de la función pública la estabilidad en el trabajo (Japón)

y la función pública ha tomado del derecho laboral derechos que hasta hace medio siglo parecían imposibles como la sindicación o la huelga.

El art. 23 CE reconoce el principio de la igualdad y de mérito como técnica de acceso y de promoción en el servicio del Estado. En todo caso, un régimen de función pública debe posicionarse ante una serie de problemas que concurren en la organización de cualquier Administración: formación de los funcionarios, especialización vs. conocimientos generalistas, gestión de la función pública, papel de los políticos con relación a los funcionarios, etc.

Cada país tiene respuestas propias a la problemática de la función pública, de ahí que se hable de diversos sistemas, que pueden sintetizarse en sistemas abiertos y cerrados de función pública según estén más cerca o más lejos del régimen laboral común y del sistema de cuerpos jerarquizados o de carrera.

Un **sistema abierto** se funda en un inventario preciso de los puestos de trabajo concretos que deben atenderse. Las personas nombradas lo son para ese puesto, pero no entra en un cuerpo ni tiene derecho a hacer carrera o a ocupar puestos superiores. Los defensores del sistema abierto dicen que a pesar de exigir un gran trabajo de clasificación de los puestos, la Administración no debe preocuparse de la formación, de los ascensos, de las pensiones o del personal sobrante. Además se obtiene mayor rentabilidad ya que se tiene sólo el personal necesario. Los graves inconvenientes de este sistema son las diferencias que existen entre las empresas privadas y las funciones públicas, donde la productividad no es el objetivo esencial, y la necesidad de cooperación que exige la propia Administración de sus trabajadores.

Por el contrario, el **sistema cerrado** de carrera o sistema de función pública parte de la base de que el servicio la Administración exige una formación diferenciada y más completa y un espíritu de servicio que motiva más allá del sistema retributivo. Elementos básicos de este sistema son el estatuto (deberes, derecho y responsabilidades de los funcionarios), el cuerpo (el reclutamiento se realiza para incorporarse a un colectivo jerarquizado en el que se permanece de por vida con la posibilidad de realizar una carrera) y el acceso (a través de la exigencia de conocimientos especiales vía oposición).

Ninguno de estos sistemas se da en estado puro pero inspiran los modelos históricos de función pública. Por ejemplo, España ha partido de un modelo cerrado de inspiración francesa y se orienta hacia un sistema abierto de inspiración norteamericana, mientras en EEUU, prototipo de sistema abierto, ha ido incorporando elementos del sistema cerrado.

Como caso curioso debe mencionarse el sistema de trabajo de las corporaciones privadas en Japón, muy similar a los sistemas públicos cerrados, ya que ofrecen a los trabajadores una identificación de por vida del empleado con la empresa, el ascenso basado en la antigüedad y la primacía de valores espirituales sobre los materiales. El trabajador japonés está absolutamente identificado con su empresa y no se conciben despidos en épocas de crisis.

Una última combinación que complica más todos los sistemas viene dada por la posibilidad de que la Administración pueda admitir otro personal en régimen laboral, lo que crea diferencias y tensiones entre los dos colectivos.

• La función pública francesa

La permanencia de los funcionarios en el servicio y en sus puestos, a pesar de los cambios radicales de las instituciones políticas y de la sucesión de partidos, es un dato históricamente comprobado en Francia. Es, además, una condición esencial para la organización de un verdadero sistema de función pública por lo que no puede sorprender que los primeros pasos para establecer un orden civil se hayan dado en Francia, avanzadilla de casi todas las modernas instituciones de Derecho administrativo.

Fue Napoleón el creador de ese orden civil como un conjunto de grandes cuerpos permanentes dotados de estatutos singulares, análogamente a como estaban organizadas las carreras militares. Esta estructura funcional organizada en cuerpos jerarquizados y protegida por un sistema de garantías la expresó Napoleón con el objetivo de que priorizara el interés público con independencia del gobierno. Talleyrand expresó la misma idea con relación al conjunto de los funcionarios, cuyo régimen de carrera le parecía esencial para crear una Administración permanente y responsable.

Progresivamente se crearán los grandes Cuerpos del Estado regidos por sus reglamentos orgánicos, se afirmarán las garantías de los funcionarios (ingreso por mérito y capacidad, permanencia) y se señalarán las prerrogativas de la Administración (disciplina, relación estatutaria y no contractual). Otros elementos de la función pública francesa que han influido en el sistema español en diversas épocas son la gestión de personal, la organización corporativa jerarquizada, el énfasis en la selección y formación de los funcionarios y la participación de éstos en la gestión de personal. En 1946, Francia abandonó la gestión departamental (por ministerios) y centralizó la función pública en el Primer Ministro, del que dependerán la Dirección General y el Consejo Superior de la Función Pública, máximo órgano de participación de los funcionarios, a quienes se reconoció por primera vez su derecho a asociarse y sindicarse.

Elemento clave de la función pública es el cuerpo, que es la agrupación de los funcionarios que tienen vocación a los mismos grados y que se rigen por el mismo Estatuto particular. Dentro del cuerpo, los funcionarios están jerarquizados según su grado o categoría personal, correspondiendo así diversos emolumentos y empleos. El sistema francés reconoce una remuneración más elevada por el paso del tiempo y por la fidelidad a la Administración. La carrera se hace básicamente por ascenso de escalones y grados. No existe el ascenso discrecional ya que se exige informe de un organismo mixto Administración-personal. El ascenso no es un derecho de los funcionarios, es una posibilidad de acceso a una categoría superior que puede condicionarse a antigüedad, superación de pruebas, formación, oposiciones internas, etc.

El sistema francés se distingue también por la atención que se presta a la formación de los funcionarios, que ha llevado a un gran nivel a sus cuerpos superiores. La formación es específica para cada cuerpo y se alcanza a través de un riguroso sistema de oposiciones y concursos que fuerza a los aspirantes a adquirir conocimientos generales y específicos (jurídicos, económicos, técnicos) necesarios para el desempeño de las funciones en el cuerpo. Para ingresar definitivamente, debe seguirse un período de formación en las escuelas de funcionarios. De aquí procede el gran prestigio de los altos cuerpos de la Administración francesa.

Tras décadas de conflicto, el Estatuto de 1946 reconoció el derecho de sindicación así como el derecho a una cierta participación en la gestión de personal (ascensos, selecciones y sanciones) y en la organización (funcionamiento de los servicios).

En 1984 el gobierno socialista reformó la función pública territorial e introdujo el principio de carrera sobre bases similares a las vigentes para los funcionarios estatales. El cambio político en 1986 supuso ciertas modificaciones sobre los funcionarios territoriales permitiendo más autonomía local.

Un sistema tan rígido como el de carrera francés se ha compensado mediante la contratación de personal externo que se ha contratado de acuerdo al Derecho administrativo, no como el sistema español a partir de 1984.

• **El funcionariado en los Estados Unidos**

En las antípodas del sistema francés se sitúa el sistema de empleo público norteamericano, que ofrece escasas diferencias con el régimen propio de las empresas privadas. De forma prematura, el sistema norteamericano quiso evitar el riesgo de un funcionariado permanente y de la burocracia, así, los empleos públicos fueron una conquista de los vencedores, dando lugar al *spoils system* (botín), forma de proceder que tratará de justificarse en razones políticas y técnicas.

La sustitución permanente de unos funcionarios por otros llevaba a una interinidad y a una crisis permanente en el Estado, generalizando la corrupción. El presidente Grant, tras la guerra de Secesión (1861–65), fracasó en su intento de someter a los aspirantes a puestos públicos a exámenes. Sólo en 1883 el Senado de los EEUU creó la *Civil Service Comission*, organismo que apreciará la virtud de los aspirantes a empleos públicos con el fin de terminar con el favoritismo político. Sin embargo, no todos los puestos se cubrirán por el sistema de mérito, un régimen de nombramiento directo se reservó para ciertos cargos relacionados directamente con el Presidente.

Cuando procede la selección no lo es para el ingreso en un cuerpo categorizado y jerarquizado, sino para ocupar un determinado puesto de trabajo. De aquí la importancia de la relación y clasificación de los puestos de trabajo, sus tareas, reglamentos, relaciones con otros órganos o margen de iniciativa.

A este sistema se le imputa la coexistencia en unas mismas organizaciones de funcionarios seleccionados por mérito con otros de origen político. Los cargos de mayor responsabilidad administrativa y retribución se suelen atribuir a personas del mismo color político que el Presidente.

La formación del funcionario norteamericano es muy deficiente comparado con el europeo, además la Administración carece de las sustituciones leales. Los sistemas de función pública abierta creen innecesaria una formación específica para ser funcionario, considerándose suficiente la instrucción del sistema público y la experiencia en las empresas privadas.

Poco a poco, en EEUU ha ido tomando forma la convicción de que es necesaria una formación previa de los funcionarios y su perfeccionamiento posterior. Para corregir disfunciones, el presidente Carter aprobó en 1978 una reforma de la *Civil Service Comission* creando dos órganos: la Oficina de Dirección de Personal (órgano ejecutivo) y la Junta de Protección del sistema de méritos (órgano cuasi-jurisdiccional que defiende a los funcionarios de la arbitrariedad y de ceses políticos). Esta reforma supone un cambio de rumbo hacia un sistema cerrado y crea una auténtica carrera o cuerpo de funcionarios directivos que tiene el objetivo de disponer siempre de personas capacitadas que aseguren la continuidad de la Administración y su neutralidad política. Así se ejecuta un Servicio Ejecutivo Superior que goza de inamovilidad en sus puestos, de garantías y de importantes incentivos.

• *El civil service inglés*

La seguridad en el empleo de los funcionarios ingleses es más respetada que la de los funcionarios continentales pese a no estar asegurada en texto escrito alguno. Manteniendo principios tradicionales, los ingleses fueron los primeros en instaurar ciertas peculiaridades de la función pública moderna: la selectividad, la organización de las carreras según titulaciones del sistema educativo, la neutralidad política y la representatividad del funcionariado. Todo ello concebido para el conjunto de la Administración y no para cada departamento u organismo especializado.

La selectividad apareció en 1845 al mismo que la *Civil Service Commission* como forma de apertura a todos los ciudadanos de la función pública. En 1920 se aplicó en toda la Administración central.

La selección y la estructuración en grupos se hacía, hasta 1968, sobre los diversos tipos de titulaciones de los aspirantes. La *Administrative class* exigía una titulación universitaria y era el grupo más elevado de la administración y tenía funciones de apoyo técnico a los políticos. La *Executive class* se ocupaban de la contabilidad, de los servicios generales, etc. La *clerical class* eran los empleados de oficina. Todos estos conjuntos funcionariales estaba dividido en grados o categorías personales. Se trataba de grandes cuerpos jerarquizados de funcionarios generalistas e interdepartamentales. Lo importante eran las cualidades humanas y valores morales y su formación general sobre cualquier materia.

La fórmula inglesa del funcionario generalista o interdepartamental tendrá gran influencia en Francia y

España, aunque justamente en el Reino Unido la abandonará a partir de 1968. En ese momento se rompió el sistema de clases y de separación entre generalistas y especialistas. Desde entonces la organización de la función pública británica se articula, vertical y horizontalmente, en grupos y en categorías: sobre la base de una docena de categorías, los grupos se estructuran individualmente con una jerarquía propia. Los funcionarios pueden realizar toda su carrera en un Ministerio, del que depende su sistema de ascenso (Grupo unificado de Administración). Por el contrario la gestión de la carrera de los funcionarios de la *Open Structure* de vocación interdepartamental es responsabilidad de un servicio adscrito al Primer Ministro.

La imposibilidad de nombramientos externos al funcionariado y el respeto al sistema de ascensos se compensa con una tradición de absoluta lealtad del funcionario a cada gobierno, cualquiera que sea su color político. El apoliticismo del funcionario británico llega hasta impedirle la participación en las elecciones (no pueden presentarse a las elecciones, votar sí).

El Comité Nolan afirmó en 1995 que la actuación administrativa debía regirse por el interés público, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia y la capacidad de liderazgo.

Fue el funcionariado británico, tras la I Guerra Mundial, el pionero en la creación de un movimiento sindical que ha sido ejemplar. El propio Gobierno anima a la afiliación a las asociaciones de funcionarios, que participan en los órganos paritarios de nivel nacional o departamental. Existe también un Tribunal de Arbitraje de la Función Pública compuesto por un Presidente independiente, dos miembros de la Administración y dos de las asociaciones de funcionarios que resuelven las desavenencias colectivas que no han podido solucionar los órganos inferiores.

• **Dos casos de laboralización de la función pública: Las experiencias de Alemania e Italia**

Otros dos casos de interés para entender ciertos aspectos del empleo público en España son los siguientes:

- La posibilidad de la coexistencia dentro del servicio a la Administración de dos regímenes diferentes (función pública y laboral). Es el caso de Alemania.
- La determinación de los contenidos de la relación funcional mediante procesos de negociación colectiva. Es el caso de Italia.
- **La coexistencia de funcionarios y empleados en el Derecho alemán**

La relación tradicional del funcionario alemán con la Administración era aún más rigurosa que la relación estatutaria del Derecho francés y cubría toda la vida del funcionario, incluso más allá de la jubilación. La Ley Fundamental de Bonn (1949) recogió el modelo tradicional al exigir que la función pública se regulara según los principios tradicionales de la función pública profesional, pero a la vez admitió la posibilidad de otro personal vinculado a la Administración por una relación de Derecho privado o laboral.

Esta división generó graves tensiones y conflictos entre funcionarios y personal laboral, que se extendieron a los sindicatos y a las fuerzas parlamentarias. El crecimiento económico alemán en los años 50 y 60 propició una desertión hacia el sector privado que motivó aumentos de salarios al personal laboral, no a los funcionarios, con lo que el conflicto aumentó. Progresivamente la legislación ha ido tendiendo a que al colectivo laboral se le vaya aplicando crecientemente el Derecho de la función pública. Aspectos dispares entre uno y otro régimen (duración del empleo, jubilación, obligaciones) se han reducido. En definitiva, los funcionarios han dejado de ver en el Derecho del trabajo un peligro para su posición y han aceptado algunas de sus ventajas. Así, Alemania ha gestado un sistema mixto, a mitad de camino entre la tradición funcional alemana y el Derecho del trabajo.

Sin embargo, las diferencias se mantienen en el punto central de la organización de la carrera y el derecho al ascenso. Los ascensos están regulados por la Administración, que exige un examen y la antigüedad sólo sirve en caso de empate, y por el personal. Los agentes públicos contratados no tienen derecho al ascenso porque

acceden a un puesto de trabajo, no a un cuerpo jerarquizado. Los convenios colectivos permiten a la Administración la reclasificación de los trabajadores laborales, lo que en algunos casos equivale a mejores condiciones económicas.

La disciplina en la función pública alemana se organiza en órganos cuasi-jurisdiccionales (Fiscal del Ministerio de justicia, Comisión disciplinaria, etc.).

- **El sistema italiano de negociación colectiva en la función pública**

En Italia, el modelo de función pública se ha inspirado en el francés, pero con un fenómeno particular, una notable laboralización. Esta laboralización no pasó, como en Alemania, por la división del personal en funcionarios y trabajadores, sino por la vía de la aplicación de la negociación colectiva al conjunto del funcionariado de carrera. La negociación colectiva se desarrolla entre una *Agencia para las relaciones sindicales* (ente público) y las delegaciones sindicales. La Agencia precisa de la autorización del Gobierno para firmar el convenio colectivo.

Así, por **negociación colectiva** pueden regularse el régimen retributivo, horarios de trabajo, formación del personal, garantías de los trabajadores... No obstante, la Constitución italiana exige que una serie de materias continúen sometidas a una **regulación unilateral** mediante Ley: la Organización (órganos, formas de titularidad, plantillas, categorías), la Fase Precontractual (procesos de selección y los concursos internos de promoción), la Responsabilidad y las incompatibilidades y la docencia y la investigación.

La jurisdicción laboral es la que conoce de los conflictos entre los funcionarios de todas las administraciones (estatal, regional y local) excepto Jueces, militares, policías, diplomáticos y otros sectores muy específicos. Subsisten determinadas especialidades públicas inderogables como son la igualdad de trato en la selección y en los emolumentos, etc.

La masa funcionarial-laboral está gerenciada por una clase de funcionarios superiores o directivos, los dirigentes generales o dirigentes, que son unos nuevos niveles de empresariado administrativo. Para estas funciones de tiene en cuenta la aptitud y profesionalidad de los candidatos y la naturaleza del programa a realizar. Es el gobierno quien escoge a los dirigentes entre personas que reúnen ciertas características.

Aparte de la responsabilidad civil, penal, contable y disciplinaria, los dirigentes están sujetos a una valoración de la actividad gerencial, que supone la obligación de informar al Ministro de turno sobre las actividades desarrolladas.

TEMA 24

EL SISTEMA ESPAÑOL DE EMPLEO PÚBLICO

- **Fases generales de su evolución**

El modelo actual de función pública en España es fruto de una evolución histórica que se inicia con el constitucionalismo y llega hasta la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (1984), reformada a su vez en 1988. A lo largo de este período se observan tres fases muy diferenciadas:

- Desde el s. XIX hasta 1963-64. Recepción del modelo francés de función pública cerrada.
- 1964 (Ley de Funcionarios Civiles del Estado)-1984. Se empieza a romper ese modelo al orientarse al modelo anglosajón.
- Desde 1984. Decantamiento definitivo hacia un modelo de función pública abierto. Se admite la admisión paralela de un régimen de empleo público laboral a imitación de Alemania y de Italia se importa la negociación colectiva.

Los recientes cambios se han justificado haciendo pasar las disfunciones del sistema de función pública cerrada de inspiración francesa (compatibilidades, inadecuación de las categorías con los puestos de trabajo, etc.) como defectos estructurales en vez de imputarse a la mala gestión. El modelo final que queda es un conglomerado de elementos inarmónicos que resulta muy difícil de conducir. El objetivo buscado con las reformas de 1964 y de 1984 ha sido romper la imparcialidad inherente a toda función pública cerrada, montada sobre cuerpos jerarquizados de funcionarios. Con un modelo de empleo cercano al laboral, la clase política maneja la función pública como algo propio, incluso con mayor libertad que en el sector privado, al estar disminuido el sindicalismo en el sector público en sus medios de acción (huelga y negociación colectiva).

Además, las Comunidades Autónomas tienen poderes legislativos sobre la materia, siguiendo la legislación básica del Estado. La existencia de leyes diversas en las CCAA es contraria a la pretensión de la movilidad funcional entre los ámbitos local, autonómico y estatal. No obstante, quedan del modelo anterior elementos como son ciertas rigideces (selección de funcionarios, oposiciones y concursos, inamovilidad geográfica, permanencia de por vida) aunque existe ahora más libertad para las reestructuraciones de plantillas.

• **La recepción del modelo francés**

A lo largo del siglo pasado se fueron importando los elementos del sistema francés de función pública cerrada, con la consiguiente estructuración de los funcionarios en cuerpos jerarquizados de ámbito y gestión departamental. La creación de los cuerpos se hacía atendiendo a la especificidad del servicio sin intentarlos hacer coincidir con un modelo abstracto de función pública. La formación y los derechos y deberes de los funcionarios se ordenaban en relación con los cometidos y responsabilidades del sector de la administración o servicio público concreto que tenían a su cargo. En la actualidad, es el sistema lo que parece más importante y los servicios públicos parecen accesorios, ya que deben acomodarse al sistema.

Tradicional es también la distinción entre cuerpos especiales y administrativos, en ambos casos estaban jerarquizados en función del grado o categoría personal que tenía atribuido cada funcionario y que determinaba sueldo y preferencia para los ascensos y cambios de destino. Esta estructura jerarquizada se plasma en un documento formal: el escalafón, en el que se relacionan, geográficamente y numéricamente, los empleos reservados al cuerpo y la categoría funcional necesaria para ocuparlos.

Desde el punto de vista jurídico, los funcionarios fueron pasando de una situación de inestabilidad (cesantías) a la de permanencia y propiedad en el empleo, normalmente reconocida cuando el ingreso se hacía a través de oposición. Las plazas eran ocupadas únicamente por funcionarios en propiedad o por interinos, cuyo nombramiento y cese eran discrecionales. Los funcionarios cobraban por un único concepto: el sueldo, aunque fueron apareciendo otros conceptos retributivos.

Este sistema, muy influenciado por el francés, se fue instaurando a través de los reglamentos particulares de los Cuerpos y por los estatutos generales que empezaron a aprobarse a mediados del XIX. El primero fue el de Bravo Murillo (1852) que creó las categorías de aspirantes a Oficial, Oficiales, Jefes de Negociado, Jefes de administración y Jefes Superiores. No garantizaba jurídicamente la estabilidad en el empleo. El Estatuto de O'Donnell (1866) mantuvo las mismas categorías pero reguló los escalafones y la potestad disciplinaria a la vez que la estabilidad en el empleo. La Ley de Bases de los Funcionarios del Estado (1918) afirma aún más la estabilidad en el empleo y da una primera respuesta a la problemática del asociacionismo y sindicalismo funcional, aceptando una versión moderada de la asociación. La carrera fue ampliada creándose un orden jerárquico de 12 grados. Los ascensos serían por antigüedad, aunque se preveían varias excepciones. También se reguló el acceso directo por oposición a personas con títulos en la categoría de Oficial, mientras que los que no tuvieran título deberían esperar 4 años para optar a esa categoría.

• **El abandono del sistema de función pública cerrada**

El sistema tradicional español, de inspiración francesa, con cuerpos generales y especiales jerarquizados de ámbito departamental, con estabilidad en el empleo y con régimen jurídico plenamente diferenciado del derecho laboral pasó sin cambios sustanciales por la Restauración, la Dictadura de Primo de Rivera, la II República y las dos primeras décadas del Régimen de Franco. Entre 1963 y 1964 se produjeron tres reformas fundamentales en el modelo tradicional:

- Se importó del *civil service* inglés la figura del funcionario generalistas para los cuerpos generales o interadministrativos, que sería abandonada en Inglaterra años después. Estos funcionarios tendrán funciones de administración general y entrarán en competencia con los cuerpos especiales superiores. La creación del funcionariado interdepartamental supuso la creación de la Dirección General de la Función Pública, dependiente de Presidencia del Gobierno.
- Se procedió a la desjerarquización de los cuerpos especiales como en los generales, aumentando la discrecionalidad política en el manejo de la burocracia. También se introdujo el sistema de clasificación de los puestos de trabajo.
- Se rompió la exclusividad del sistema de función pública admitiendo otras formas de vinculación del personal con la Administración, distintas de la relación funcionarial. Aparecen los funcionarios eventuales o de confianza política y los sujetos al régimen laboral. Estas nuevas modalidades permitían burlar el principio de mérito y capacidad ya que los nombramientos se efectuaban sin la formación previa que exigía una oposición.

• **La Ley de Medidas de 2 de agosto de 1984**

La transición democrática que se inicia en 1975 se caracteriza por la indefinición sobre el modelo de función pública. Es una etapa de crecimiento burocrático en todas las administraciones ya que se convierte en numeroso personal contratado en funcionarios. Tanto las CCAA como las Entidades locales aumentaron notablemente el número de funcionarios que ya existían. La transición es una etapa en la que se critica el sistema selectivo de las oposiciones y se identifica al funcionariado con el corporativismo político. No obstante, la CE de 1978 supuso un reconocimiento de los derechos de sindicación y huelga de los funcionarios.

Fue el gobierno socialista quien realizó importantes reformas en el sistema de la función pública. La Ley 53/1984 creó incompatibilidades para la simultaneidad de empleos y pensiones en el sector público aunque dejó las cosas igual a la hora de compatibilizar funciones públicas y privadas.

La gran reforma socialista la constituyó la Ley 30/1984 de Medidas de Reforma de la Función Pública, que modifica, pero no deroga, la Ley de Funcionarios de 1964. Esta Ley establece con carácter básico un modelo funcionarial que acentúa su separación del modelo de función pública cerrada, acercándose al modelo norteamericano. Además, la Ley admite un régimen paralelo de Derecho laboral. La justificación de esta Ley hay que encontrarla en una gran descalificación del modelo tradicional de función pública y una casi satanización de los cuerpos de funcionarios. La reforma convierte en piezas angulares del sistema la clasificación del funcionario en niveles, clasificación no jerárquica sino una técnica al servicio de un concepto retributivo (complemento de destino). En las relaciones de puestos de trabajo se determinan los que se ocupan por funcionarios o por contratados laborales y qué puestos de los primeros son de libre designación. En resumen, la Ley de Medidas incide en una evidente laboralización del régimen de función pública y admite un régimen paralelo de contratación laboral, sin fronteras precisas entre la aplicación de uno y otro.

Precisamente porque la Ley 30/1984 dejó al criterio de cada Administración la determinación de los puestos que debían ocuparse por funcionarios o por contratados laborales, el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional y forzó su reforma. Esta tuvo lugar en la Ley 23/1988 de Modificación de la Reforma de la Función Pública, que determinó qué puestos corresponden a funcionarios y a contratados laborales y redujo la discrecionalidad en la determinación de los puestos a cubrir por el sistema de libre designación.

Otra reforma de la ley de 1984 se llevó a cabo en 1993. En una época de grave crisis económica, se intentaba

facilitar la reducción de los efectivos de las Administraciones Públicas mediante los Planes de Empleo, los procesos de reasignación de efectivos y la nueva regulación de las situaciones funcionariales.

- **Las clases de empleo público**

Existe una amplia variedad de vínculos jurídicos para servir a la Administración y que rompe la antigua dicotomía entre funcionarios en propiedad e interinos.

Los **funcionarios de carrera** son los que en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las plantillas y perciben sueldos o asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Precisamente el término carrera resulta inadecuado ya que se han suprimido las categorías personales y los ascensos reglados (excepto en el Cuerpo diplomático, los militares, la Policía, la Carrera judicial y otras) quedando sólo la posibilidad de mejorar por la vía del concurso o del nombramiento discrecional.

Se denomina **funcionarios de empleo** a dos clases de personal que ni son fijos ni son funcionarios: son los interinos (aquellos que ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera) y los eventuales (cargos de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios).

La Ley de 1964 creó al **personal por contrato** para la realización de trabajos específicos o de urgencia, colaboraciones temporales por volumen de materia o contratos laborales. El **personal laboral** es ahora un personal común en las administraciones públicas y se dividen en 2 tipos: *personal laboral fijo*, seleccionados por concursos y cuya admisión definitiva puede subordinarse a un período de prácticas, y *personal laboral de duración determinada* que deba realizar trabajos que no puedan atender los anteriores.

Otro grupo numeroso de funcionarios son los **funcionarios de las CCAA** y los **funcionarios de la Administración Local**. Todos están regulados por las mismas reglas dado el carácter de básicos que tienen la Ley de Funcionarios del Estado y la Ley de Medidas. Los **funcionarios locales con habilitación de carácter nacional** (secretarios de corporaciones locales con importantes funciones legales y económicas) son seleccionados mediante un complejo procedimiento a cargo del Estado y de las CCAA. En todo caso el Gobierno se reserva la potestad disciplinaria contra ellos para asegurarles frente a las corporaciones a las que sirven. También son funcionarios el **personal al servicio de órganos constitucionales** (Cortes Generales, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo y Tribunal de Cuentas), todos ellos tienen sus estatutos particulares.

El **personal militar** se rige por una legislación específica, incluida una jurisdicción propia, la militar. Se mantiene en los militares un rígido sistema cerrado con grados fuertemente jerarquizados con un refuerzo notable en la regulación de la disciplina. A pesar de esto, el Ministerio de Defensa se ha contagiado de las técnicas de clasificación de puestos de trabajo y de retribución de la función pública civil. Los **funcionarios de policía** estatal, autonómica y local han recibido un tratamiento separado de la legislación general con la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que mantiene el carácter militar de la Guardia Civil, además de ciertas peculiaridades en materia sindical y disciplinaria.

Los titulares de **profesiones oficiales** (Notarios o registradores de la propiedad) son seleccionados y nombrados por el Estado a través de oposiciones pero desempeñan sus funciones de forma similar a las profesiones liberales ya que perciben sus ingresos a través de los particulares por medio de unos precios por sus servicios que se establecen reglamentariamente. Tampoco se rigen por el régimen general los **Secretarios de las Cámaras Oficiales** de Comercio o de la Propiedad Urbana, cuya carrera se organiza y gestiona en parte desde la Administración del Estado.

- **Empleo público y Estado autonómico**

La CE de 1978 estableció (art. 149.1.18) la competencia exclusiva del Estado para aprobar las bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del régimen estatutario de sus funcionarios, sin prever los servicios que deberían transferirse a las CCAA. La Ley de Medida regula la situación de los funcionarios transferidos con gran generosidad ya que serán de por vida funcionarios de dos Administraciones, se integran en la de la Comunidad y permanecen en una situación administrativa especial en la de origen.

La Ley de Medidas admitió la movilidad del personal entre las distintas administraciones públicas ya que los puestos de trabajo podrían cubrirse por funcionarios que pertenezcan a cualquier Administración.

La cuestión de si las CCAA podían establecer un modelo de función pública distinto del Estado o si debían acomodarse al definido por éste suscitó dos tesis contrapuestas: la autonomista y la estatista. El Tribunal Constitucional se definió de forma favorable al modelo unitario, lo que permitió que la Ley de Medidas diseñara un modelo general de Función pública centralizado. Así, la Ley de Medidas define muy ampliamente la regulación básica, es decir, los preceptos aplicables a todas las administraciones, incluyendo los referentes a los órganos superiores, dotaciones presupuestarias, oferta de empleo público, selección de personal, movilidad de los funcionarios, fomento de la promoción interna, conceptos retributivos, estructura de los cuerpos y escalas, régimen disciplinario, situaciones de los funcionarios, seguridad social y jubilación forzosa.

Con una regulación básica tan exhaustiva poco margen ha quedado a las CCAA para ordenar su propia función pública. El sistema se gestiona de forma centralizada por las competencias que se atribuyen al Gobierno, al Consejo Superior de la Función Pública y a la Comisión de Coordinación de la Función Pública. Paradójicamente, el sistema es más uniforme ahora que existe una mayor descentralización política.

• **Gestión del sistema de empleo público**

En el sistema tradicional, la gestión del personal se hacía sobre una base departamental, atribuyendo las competencias superiores al Ministro quedando el Subsecretario como Jefe de Personal. Mientras, los municipios y las provincias estaban tuteladas y controladas por el Estado en materia de gestión de personal. Las reformas de 1964 y 1984 han roto este esquema al señalar que todo el personal al servicio de la Administración del Estado dependerá orgánicamente del Ministerio para las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la que funcionalmente tenga con cada departamento.

Al **Gobierno** se atribuyen las más importantes competencias sobre la función pública estatal, que dirige, y sobre el conjunto de las funciones públicas autonómicas, que coordina, estableciendo los criterios de la programación de personal y dando las instrucciones pertinentes en las negociaciones colectivas. Al Gobierno corresponde aprobar la oferta estatal de empleo, la estructura en grados del personal y los criterios generales de promoción profesional.

Al **Ministerio de Administraciones Públicas** se le atribuye la competencia general en materia de organización administrativa, régimen de personal, procedimientos e inspección de servicios. Al **Ministerio de Economía y Hacienda** le corresponde proponer al Gobierno las directrices a las que deberían ajustarse los gastos de personal en el marco de la política presupuestaria y autorizar cualquier medida relativa a la organización y al personal que pueda suponer incremento de gastos o modificaciones presupuestarias (art. 66 LOFAGE). El control de la gestión de personal es objeto de fuertes pugnas entre estos ministerios, de modo que las diversas comisiones interministeriales que tratan este asunto tienen representantes de ambos ministerios en número igual.

La **Comisión Superior de Personal** es un órgano de coordinación, documentación y asesoramiento de la política de personal estatal. Emite informes preceptivos sobre los proyectos de disposiciones generales, creación y unificación de cuerpos, estructuras en grados y niveles, adscripción de cuerpos, propuestas de empleo público, etc.

El **Consejo Superior de la Función Pública** se configura como un órgano superior colegiado de coordinación y consulta, así como de participación del personal. Sin embargo, es un organismo escasamente operativo debido a que sus informes nunca son vinculantes y a su multitudinaria composición (representantes de todas las CCAA, 17 representantes de las Corporaciones locales, de los sindicatos, de diversos ministerios, etc.).

La **Comisión de Coordinación de la Función Pública** pretende coordinar la política de personal del Estado y de las CCAA de cara a formar la oferta de empleo público y ejecutar las bases del régimen estatutario de los funcionarios. El presidente es el Secretario de Estado para las Administraciones Públicas y forman parte 17 representantes del Estado y los máximos responsables de la administración de personal en cada Comunidad Autónoma.

• **Función pública y régimen laboral ante la Constitución**

La CE menciona la función pública en dos artículos, el 103.3 impone una reserva de ley para regular el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las incompatibilidades, el derecho a la sindicación y las garantías para la imparcialidad en su actuación. El art. 149.1.18 atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios. Surgen aquí dos problemas de interpretación constitucional: si es constitucional la aplicación de un régimen jurídico laboral a una parte de los servidores públicos y si es constitucional la laboralización del régimen funcionarial.

Sobre la constitucionalidad o no de la aplicación de un régimen laboral en las AAPP (salvo cuando adoptan forma societaria) la CE (no como en Alemania) no contempla la posibilidad de una sujeción al Derecho privado o laboral de los empleados públicos, sólo menciona el régimen de función pública. Además la admisión del personal laboral fijo se produce en términos discriminatorios para los funcionarios. Son admitidos sin oposiciones, disfrutan de regímenes más ventajosos en materia de pensiones y jubilación y pueden negociar con ventaja las condiciones de trabajo. La existencia de un régimen laboral no está en la línea con los principios constitucionales de jerarquía y de eficacia, además la existencia de esos dos regímenes crea tensiones y es irracional.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no abordó frontalmente, en su sentencia sobre la Ley de Medidas de 1984, la constitucionalidad de la aplicación de un régimen jurídico doble, laboral y de función pública, en una misma organización. Sin embargo se admite implícitamente la dualidad de regímenes al establecer que la aplicación del Derecho laboral a parte de los empleados públicos no genera una discriminación arbitraria en los derechos de los funcionarios. Sí se declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Medidas ya que remitía a la potestad reglamentaria del Gobierno la determinación de los puestos a cubrir por funcionarios o personal laboral. Así, la Ley 23/1988 de Modificación de la Ley de Medidas establece en el art. 15.1 c) que con carácter general los puestos de trabajo en la Administración y Organismos Autónomos serán desempeñados por funcionarios públicos. Se admite que puedan ser desempeñados por personal laboral A) los puestos de naturaleza no permanente, B) los puestos cuyas actividades sean propias de oficios (vigilancia, porteo y análogos), C) los puestos de carácter instrumental (conservación de edificios, limpieza, protección civil, servicios sociales, comunicación, instalaciones, etc.), D) los puestos especializados que no tengan Cuerpos o Escalas de funcionarios específicos, E) los puestos administrativos en el extranjero y auxiliares que manejen archivos o máquinas, y F) los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo. Como esta delimitación de puestos no es materia básica, hay que atender a lo que regulen las CCAA y las Entidades Locales en la reserva de funcionarios.

La Ley de Medidas intenta conciliar la regla del mérito y la capacidad con la contratación laboral al prescribir la exigencia de la selección del personal laboral a través de las mismas técnicas que los funcionarios. Sin embargo, ha predominado la regla del concurso debido a las menores exigencias que comporta.

9. La laboralización del régimen funcionarial

La laboralización o despublificación del régimen propio de los funcionarios supone la desvirtuación de un sistema de función pública centrado en la organización de los funcionarios en cuerpos jerarquizados según grados personales a los que se vinculan desiguales derechos económicos, así como preferencias para los ascensos, siempre evitando la instrumentalización política.

Este modelo de carrera tiene defectos pero también virtudes como asegurar la jerarquía y la disciplina. Los mandos están a cubierto de posibles represalias de los subordinados ya que la jerarquía y la disciplina se resiente si quienes hoy ejercen puestos de dirección no se diferencian por el grado personal de aquellos que les están subordinados ya que en un futuro estos subordinados pueden ser titulares de la potestad de mando y disciplina sobre sus superiores anteriores.

El principio de carrera asegura mejor que cualquier otro la imparcialidad y la objetividad del funcionario el funcionamiento de los servicios públicos por encima de los cambios coyunturales políticos. Al estar reglados los ascensos, las retribuciones y los destinos el funcionario puede estar más atento al cumplimiento de la ley. Otra ventaja indudable del sistema de carrera es la asignación legal de funciones y servicios concretos, hecho que permite la identificación con el cuerpo y la especialización.

Sin embargo, la Ley de Medidas de 1984 ha optado por un sistema de empleo o puestos de trabajo frente al de carrera. En primer lugar, no reconoce grados o categorías jerárquicas entre los funcionarios de los diversos cuerpos, sin que lo suponga la clasificación de los cuerpos en cinco grupos del A al E, pues esta circunstancia sólo será relevante para la determinación de las retribuciones básicas. Otra medida contraria al sistema de carrera es la desvinculación de los cuerpos y escalas de funcionarios de los servicios públicos que hasta ahora tenían a su cargo, de esta forma la asignación de funciones queda remitida a la potestad reglamentaria a través de las relaciones de puestos de trabajo.

Consecuencia de la desvinculación de los cuerpos a funciones concretas y de la falta de categorías funcionales jerarquizadas es la eliminación del derecho al ascenso y su sustitución por el derecho de una clasificación profesional de tipo laboral. A cada funcionario se le asigna un grado personal dentro de los 30 niveles en que se clasifican los puestos de trabajo. La adquisición de los niveles no tiene lugar progresivamente sino a través de la clasificación profesional. Se facilitan fulgurantes subidas de niveles pues se reserva al Gobierno la libre designación de los puestos de Subdirector, Delegados y Directores regionales y provinciales, etc.

Respecto a las retribuciones, la Ley de Medidas parte de una concepción en la cual lo importante son las retribuciones complementarias del sueldo que van ligadas al desempeño del puesto de trabajo.

En resumen parece que se ha instalado un sistema a mitad de camino entre la estabilidad en la condición de funcionario y el **spoil system** sobre los puestos de trabajo, que es la negación del sistema mismo de función pública. El funcionario tiene unas retribuciones mínimas pero no tiene garantía sobre el puesto de trabajo ni derecho a ascender de forma reglada. Es un sistema más cercano al modelo de la empresa privada, que curiosamente camina, movida por la presión legal del Derecho del Trabajo, hacia un sistema de promoción profesional con ascensos por méritos y antigüedad e incluso concursos entre los trabajadores para ocupar vacantes.

TEMA 25

LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

• Concepto y naturaleza de la relación funcionarial

La Ley de Funcionarios de 1964 les definió como *personas incorporadas a la Administración por una*

relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo y a los funcionarios de carrera como aquellos que en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las plantillas y perciben sueldos con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos. La Ley dice que lo permanente son las funciones que se desempeñan, no los funcionarios. La admisión de un personal laboral fijo le da a este tipo de empleados públicos la misma o mayor estabilidad material, aunque no formal, que al funcionario. La diferencia está en que al funcionario se le exigirá una formación específica que no le hará tener las ventajas de la negociación colectiva ni la protección rápida de la jurisdicción laboral ni las prestaciones superiores de jubilación que otorga la Seguridad Social a los trabajadores.

• **La formación y selección de los funcionarios**

Las AAPP, vinculadas por el principio de mérito y capacidad, no pueden seleccionar libremente a su personal como las empresas privadas, aunque esa valoración de los candidatos se ha realizado a través de una versión mixta, el concurso-oposición.

La oposición se justifica en que para ser funcionario no bastan los conocimientos adquiridos en el sistema educativo general, sino que se requieren conocimientos más específicos sobre el Estado y las AAPP e incluso más concretos de carácter profesional relacionados con el funcionamiento del servicio público donde se van a prestar los servicios. La función pública exige para el ingreso unos exámenes competitivos que permite seleccionar a los mejores aspirantes, la oposición es el sistema de formación más económico para la Administración ya que se traslada al aspirante la preparación. El sistema de oposición para ingresar en una escuela de funcionarios seguida de una carrera ha sido el método tradicional de formación militar.

Las escuelas de funcionarios están incluidas en el Ministerio de las AAPP y seleccionan y realizan formación complementaria a los Cuerpos Generales del Estado y de la Adm. Local. Existen otras escuelas especiales para cuerpos como la Policía, Agencia Tributaria, Correos, etc. Las CCAA han empezado también a crear sus propias escuelas.

En general, no está demostrada en la selección y perfeccionamiento de funcionarios la superioridad del método de escuela, frente a los métodos externos de la oposición y exámenes.

Si la oposición constituye un método adecuado para seleccionar colectivos numerosos y homogéneos, el concurso (análisis de títulos y experiencias documentadas) parece el más apropiado para seleccionar funcionarios para plazas específicas y singulares, con una similitud de tareas con las que se prestan en las empresas y organizaciones privadas. La escasa tradición del concurso en España se debe a la poca fiabilidad de los títulos, la insuficiencia formativa, las suspicacias que comportan toda elección sin examen y la determinación de los criterios que sirven para realizar el concurso, que, a veces, son retratos de algunos candidatos. En países con sistemas y títulos académicos más fiables, como Alemania o Gran Bretaña, es el concurso el método ordinario de selección (después de rigurosas entrevistas).

La Ley de Medidas de 1984 no se pronuncia sobre la preferencia entre los diversos métodos de selección limitándose a señalar que la convocatoria debe ser pública, a través de oposición, concurso o concurso-oposición y que deben garantizarse los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Además se señala que los procesos de selección deberán cuidar la conexión entre las pruebas a superar y el puesto de trabajo a desempeñar. Esta indeterminación de los procedimientos de selección la ha despejado el Real Decreto 364/1995 que aprobó el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Adm. General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción profesional de los funcionarios civiles. Este reglamento impone como norma general para la selección del personal funcionario la oposición, salvo cuando sea más adecuada la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso. Para el personal laboral fijo rigen las mismas preferencias.

La Ley de Medidas prohíbe que los tribunales de selección estén formados mayoritariamente por personal del

cuerpo cuyas plazas se tratan de cubrir, exceptuando el ámbito docente e investigador.

• Condiciones y procedimientos de ingreso

El Texto de 1964 regula las condiciones generales para el ingreso en los cuerpos de funcionarios (pueden existir condiciones especiales según el cuerpo): ser español, mayor de edad y no exceder de una edad máxima que cada cuerpo determina, no padecer enfermedad o defecto que impida el desempeño de la función, no haber sido separado del servicio público anteriormente y no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas.

La interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al art. 48.4 del Tratado de la Unión, que establece la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión, ha permitido que los nacionales de los países miembros de la UE también puedan acceder a los puestos de trabajo en las AAPP, a no ser que tales puestos impliquen el ejercicio de potestades públicas o responsabilidades en la salvaguardia de los intereses del Estado (el mismo Tribunal de Justicia ha ido estableciendo progresivamente las excepciones (fuerzas armadas y del orden público, magistratura, administración fiscal, diplomacia, empleos en los ministerios del Estado y de los gobiernos regionales, Banco de España, etc.). Se permite también el acceso a la función pública española a los nacionales de los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Noruega, Islandia y Liechtenstein. Suiza no ratificó el tratado del Espacio Económico europeo).

Según el Reglamento de Ingreso, Provisión y Promoción, la selección del personal funcionario estará a cargo de Comisiones Permanentes de Selección y Tribunales y se lleva a cabo a través de los procedimientos de oposición o concurso sujetos a dos reglas tradicionales: 1) la convocatoria es la ley del concurso o la oposición, siendo inmodificable una vez publicada; y 2) las propuestas del Tribunal o la Comisión son vinculantes para la Administración, que debe proceder a efectuar los nombramientos.

Los interinos deberán reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso. La condición de funcionario se adquiere tras jurar o prometer la Constitución y con el requisito de la toma de posesión, fecha a partir de la cual comienza el cómputo de tiempo a efectos de trienios y derechos pasivos.

Los procesos selectivos para el acceso a plazas vacantes de **personal laboral fijo** deberán someterse a lo previsto también para los funcionarios, es decir, los mismos sistemas selectivos y las mismas características de acceso y publicidad. Los diversos Departamentos de la Administración pueden contratar personal laboral no fijo para realizar trabajos determinados, creándose un registro de personal laboral no permanente.

• Ordenación de los funcionarios en cuerpos, grupos, niveles y relaciones de puestos de trabajo

La ordenación del personal de las AAPP se hace agrupando los funcionarios en cuerpos y éstos en grupos. Los funcionarios ostentan un nivel en una escala de 1 a 30, lo que se corresponde con los niveles en que se han de clasificar los puestos de trabajo. Las modificaciones legales de 1964 y 1984 suprimieron la jerarquía intracorporativa y establecieron la distinción entre Cuerpos Generales (desempeñan funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa) y Cuerpos Especiales (ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión).

Los Cuerpos generales se dividen en Administradores Civiles Superiores del Estado, Cuerpo Administrativo, Subalterno y Cuerpo de Gestión. La creación de Cuerpos Especiales se remite a la Ley y se rigen por sus disposiciones específicas.

La Ley rechaza la tradicional regla de la correlación entre cuerpos y funciones o servicios ya que establece que *los cuerpos y escalas de funcionarios no podrán tener asignadas funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos*, remitiéndose a las relaciones de puestos de trabajo la determinación de los cuerpos o

escalas de funcionarios que pueden desempeñar esos puestos. Se atribuye al Gobierno, Consejo de Gobierno de las CCAA y a los Plenos de las Corporaciones locales la adscripción concreta de los cuerpos y escalas a un departamento u organismo.

Todos los funcionarios han de pertenecer a un Cuerpo o Escala y todos los cuerpos y escalas se clasifican en uno de los **cinco grupos** (A, B, C, D y E) que establece la Ley de Medidas en función de la titulación exigida para el ingreso. El grupo A requiere el título de licenciado o doctor, el B una diplomatura o ingeniería técnica, el C el bachillerato o FP 2, el D el Graduado Escolar o FP 1 y el E el certificado de escolaridad. Esta clasificación de los cuerpos en grupos produce efecto sobre las retribuciones básicas (sueldo) pero no implica jerarquía entre los cuerpos o escalas ni impide que los funcionarios de un cuerpo de superior titulación ostenten nivel inferior y ocupen un puesto subordinado a funcionarios de un grupo de menor titulación.

Una tercera técnica de ordenación de los funcionarios es su clasificación en **30 niveles**, correspondiendo a cada grupo o escala un conjunto de ellos dentro de los que únicamente puede situarse el nivel que corresponde a cada funcionario. Según el Reglamento de Ingreso, Provisión y Promoción (RD 364/1995), los niveles atribuidos a los cuerpos de los diversos grupos se superponen, así los funcionarios de cuerpos o escalas del grupo E pueden tener niveles personales y aspirar a ocupar puestos de trabajo calificados entre el nivel 7 y el 14; los del D entre el 9 y el 18; los del C, entre el 11 y el 22; los del B, entre el 16 y el 26; y los del A, entre el 20 y el 30. La asignación de nivel afecta sobre una retribución complementaria: el complemento de destino.

Una última técnica de organización son las **relaciones de puestos de trabajo** que son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto (art. 15 Ley de Medidas). Son los Ministerios de AAPP y de Economía y Hacienda los que deciden, conjuntamente, la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo, que ordenan tanto al personal funcionario como al eventual y laboral y comprenden el número y las características de cada puesto. Esta relación debe detallar los puestos de trabajo a desempeñar por funcionarios, por personal laboral fijo o por eventuales. Por tanto la creación, modificación y supresión de puestos de trabajo se realiza a través de estas relaciones, que deberán indicar en todo caso la denominación y características esenciales de los mismos, los requisitos exigidos para su desempeño, el nivel de complemento de destino y, si corresponde, el complemento específico.

• **La promoción profesional de los funcionarios**

Las posibilidades de promoción de los funcionarios se encuentran muy limitadas tanto por el clasismo académico de la división en grupos como por la falta de un derecho al ascenso de nivel con ocasión de vacante. El nivel personal de los funcionarios puede mejorar:

- Por el desempeño de uno o más puestos de trabajo del nivel correspondiente durante 2 años seguidos o 3 con interrupciones. Los funcionarios que tengan un puesto superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicio el grado superior en dos niveles al que poseyesen, sin poder nunca superar al del puesto desempeñado.
- Por la superación de cursos específicos u otros requisitos objetivos que determinen el Gobierno, el Consejo de gobierno de las CCAA o los Plenos de las Corporaciones Locales.

Alcanzado un determinado grado personal, los funcionarios no tienen derecho a ostentar un puesto de trabajo que se corresponda con él, pudiendo ser destinados a otro de inferior nivel al que tienen adquirido. El funcionario está obligado a participar en las convocatorias para la cobertura definitiva del puesto provisional en el que esté adscrito, aunque sea de inferior nivel al suyo en dos niveles. Se les garantiza al menos el percibo del complemento de destino correspondiente a su grado personal.

Los funcionarios cesantes en un puesto de trabajo quedan a disposición del Subsecretario, Director del Organismo o cargo similar que les atribuirá un puesto correspondiente a su Cuerpo y Escala, aunque sea de

inferior nivel al que tienen adquirido. También quienes cesen en un puesto de trabajo por alteración del contenido o por supresión continuarán percibiendo, mientras no se les atribuya otro puesto, durante 3 meses las retribuciones complementarias del puesto suprimido o alterado (compl. de destino y específico y productividad, si se da el caso).

El sistema que se deriva de todo lo anterior no es propiamente un sistema de carrera, es más un sistema de empleo, incluso con menos promoción que la reconocida tradicionalmente a los trabajadores conforme al Derecho del Trabajo.

Tampoco es propio de un sistema de carrera lo que la Ley de Medidas define como promoción interna, una reserva de plazas en los cuerpos superiores a favor de los funcionarios de cuerpos inferiores. Un derecho muy limitado por dos condiciones, la posesión de la titulación exigida para el cuerpo superior (más una antigüedad al menos de dos años en el Cuerpo o Escala) y la concurrencia a las oposiciones. Este sistema impide una carrera continua en los cuerpos administrativos. La modificación legal de 1988 suprimió la reserva legal del 50% de las plazas a promoción interna, siendo ahora la Administración quien puede decidir ese porcentaje. Además ahora las pruebas de promoción interna pueden celebrarse en convocatorias independientes de las de ingreso.

En definitiva, más que restaurar una auténtica carrera, nuestro Derecho elimina el sistema mismo de carrera y sitúa la promoción de los funcionarios en niveles infralaborales. No puede hablarse de carrera cuando no existen cuerpos con funciones, destinos y puestos de trabajo señalados, ni cuando los niveles no tienen correspondencia con el puesto de trabajo ya que se permite un destino superior o inferior en dos grados al nivel personal. Nuestro sistema permite saltos importantes sin pasar por todos los grados intermedios. Por último, la retribución de los funcionarios depende en mayor medida del complemento específico asignado al puesto de trabajo y del complemento de productividad que del sueldo base o complemento de destino.

• Provisión y remoción de puestos de trabajo

La Ley 23/1988, desarrollada por el RD 364/1995, corrigió la discrecionalidad que la Ley de Medidas de 1984 atribuía al Gobierno, pero estableciendo directamente una reserva legal a favor de la **libre designación**, en la que incluye los puestos de mayor importancia, jerarquía y retribuciones (Subdtor. Gral., Directores territoriales, altos cargos de la Administración, etc.). Los puestos de libre designación se anunciarán en convocatoria pública, a iniciativa de los Ministros y Secretarios de Estado, y se resolverán motivándose sólo con el cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria. Los nombrados por este sistema también pueden ser libremente cesados.

Los puestos no calificados por las relaciones de puestos de trabajo como de libre designación se cubren por **concurso** regulado ya que se exigen ciertas características (posesión de un determinado grado personal, valoración del trabajo, cursos de formación, antigüedad). La gestión de los concursos se declara competencia de cada Ministerio en los puestos de trabajo de sus departamentos y de los organismos autónomos dependientes. Los Cuerpos y Escalas de los grupos C y D podrán ser escogidos mediante concursos unitarios.

El concurso comienza con la aprobación de las bases de la convocatoria, que deberán expresar la denominación, nivel, descripción y localización de los puestos de trabajo ofrecidos, los requisitos para desempeñarlo, los méritos a valorar y la baremación de los mismos, así como la composición de las comisiones de valoración.

Los **méritos** a considerar se regirán por estas reglas:

- Adecuación de los candidatos a las características del puesto.
- El grado personal consolidado se valorará en sentido positivo para el solicitante.
- La valoración del trabajo desarrollado se cuantificará teniendo en cuenta la experiencia, la permanencia y la

- similitud con el convocado, pudiendo valorarse también las aptitudes y el rendimiento apreciados.
- Se valorarán sólo los cursos de formación y perfeccionamiento relacionados en las convocatorias.
- La antigüedad se valorará por años de servicio, computándose también los prestados antes de ser funcionario.

La puntuación por cada concepto debe estar entre el 10 y el 40% del total.

También pretende ser una garantía de objetividad la intervención de unas **Comisiones de Valoración**, que formulan la correspondiente propuesta y que están formadas por un mínimo de 4 miembros nombrados por la autoridad convocante y un número inferior de miembros designados por los sindicatos más representativos o por las Juntas de personal. En todo caso, los miembros de las comisiones deberán pertenecer a Grupo de titulación igual o superior al exigido para los puestos convocados y desempeñar puestos superiores al de los convocados.

Los concursos pueden ser ordinarios o **concursos específicos**, valorándose en una segunda fase los méritos específicos adecuados a las características de los puestos de trabajo, pudiendo realizarse entrevistas personales o memorias de actuación. Los destinos adjudicados por concurso serán irrenunciables y los funcionarios no podrán presentarse a otra plaza en los dos años siguientes.

Una tercera forma de asignación y remoción de puestos es la **adscripción forzosa** por necesidades del servicio con el objetivo de redistribuir los efectivos. En este caso no se cuenta con la voluntad del funcionario. Otra forma de provisión es la **reasignación de efectivos**, que se da cuando se suprime algún puesto de trabajo y se destina al funcionario a otro puesto.

Los puestos de trabajo pueden proveerse también por medio de **adscripción provisional** a los que cesen en un puesto obtenido por libre designación, a los que reingresen en el servicio activo y a los que se les suprima el puesto.

En la **comisión de servicios** el funcionario pasa a desempeñar funciones distintas de las específicas de los puestos de trabajo a que se halla adscrito. Está permitida en caso de vacante cuya cobertura sea urgente. La comisión de servicios puede ser voluntaria o forzosa y su duración no puede exceder el año, prorrogable por otro. A los funcionarios en comisión de servicios se les reservará el puesto de trabajo y percibirán la totalidad de sus retribuciones con cargo al puesto de trabajo que realmente desempeñan.

Una última forma de adscripción es la **permuta**, que excepcionalmente puede autorizarse entre funcionarios en activo o en excedencia especial siempre que los puestos de trabajo sean de igual naturaleza, que la diferencia de los años de servicio no difiera en más de cinco y que se emita informe previo de los jefes de los solicitantes o de los subsecretarios respectivos. La permuta se anula o se prohíbe si a alguno de los solicitantes le quedan menos de 10 años para la jubilación o si alguno la solicita en los dos años siguientes.

La **remoción del puesto de trabajo** en el caso de los de libre designación es discrecional, mientras que los que accedan por concurso pueden ser removidos por muy diversas causas (falta de capacidad manifiesta, rendimiento insuficiente, alteración de contenido del puesto de trabajo, etc.). El funcionario tendrá sendas audiencias, puede recurrir en vía administrativa y contencioso-administrativa su remoción y se les atribuirá un destino provisional.

• Situaciones de los funcionarios

La situación normal de los funcionarios es la de servicio activo, en la que se desempeñan las tareas propias del cuerpo o profesión por los que fue seleccionado y se perciben los emolumentos correspondientes a su categoría personal y puesto de trabajo. La Administración también se reserva el derecho a apartar al funcionario momentáneamente de la prestación de servicios, sin perder la condición funcional.

Los funcionarios, a su vez, pueden dejar de prestar voluntariamente sus servicios sin perder su condición. Los funcionarios tienen una relación doble: de servicio con la Administración y orgánica con el destino en que presta efectivamente sus servicios. El derecho a suspender la relación de servicio por voluntad del funcionario se ha extendido también al derecho laboral.

Las situaciones de actividad o inactividad de los funcionarios están reguladas en la Ley de Funcionarios de 1964, la Ley de Medidas de 1984 (reformada por la Ley 22/1993 de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública) y el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Adm. General del Estado (RD 365/1995). Esta regulación es básica a los efectos de la legislación autonómica y parte de que el servicio activo es la situación normal en la que el funcionario se encuentra.

En la situación de **servicios especiales** se computará al funcionario el tiempo en que se permanezca en ella a efectos de ascensos, consolidación de grado personal, trienios y derechos pasivos. Se pasa a esta situación cuando se cumple el servicio militar, se sirve en puestos de designación política (delegados del gobierno o altos cargos, órganos constitucionales u organismos internacionales) o se ejercen cargos electivos en el ámbito provincial, local, autonómico o estatal. Cuando se pierda la condición que dio origen al pase a la situación de servicios especiales, el funcionario debe solicitar su ingreso al servicio activo en 30 días o pasará a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Los funcionarios en servicios especiales reciben la retribución del puesto o cargo que efectivamente desarrollen, aunque excepcionalmente podrán percibir los trienios. Las facilidades para pasar del nivel funcional al político y regresar a éste a voluntad del funcionario supone una falta de neutralidad política de la Administración.

La situación de **excedencia** es la contraria a la del servicio activo. El funcionario suspende su relación orgánica con la Adm. y no presta servicios. Las causas de la inactividad son diversas e incluso opuestas, ya que en algunos casos la decide el funcionario y en otras se da contra o al margen de su voluntad.

La **excedencia forzosa** se da cuando se reducen puestos de trabajo, tras incorporarse desde una situación de suspensión firme o al término de un período de excedencia voluntaria. Los excedentes forzosos tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas y las prestaciones familiares por hijo a cargo, así como al cómputo del tiempo a efectos de derechos pasivos y de trienios. Además gozan de derecho preferente para ocupar, y por una sola vez, destino en la localidad donde servían cuando se produjo su cese en el servicio activo, pero están obligados a participar en todos los concursos que se convoquen.

Si el funcionario ha sido afectado por un Plan de Empleo (reajuste de personal) puede pasar por otras dos etapas previas a la excedencia forzosa. Son la de espera de **reasignación de destino** (máximo de 6 meses conservando todos los derechos económicos pero a la disposición del organismo antes adscrito) y la de expectativa de destino (el órgano de personal puede destinar al funcionario a puestos de trabajo situados en la misma provincia. El funcionario está obligado a participar en los concursos que se celebren en su provincia). En **expectativa de destino**, los funcionarios percibirán las retribuciones básicas, el complemento de destino por su grado personal y el 50% del complemento específico del puesto. La expectativa de destino dura como máximo un año, transcurrido el cual se pasa a excedencia forzosa.

La **excedencia voluntaria**, contrariamente a la forzosa, tiene su origen en la voluntad del funcionaria y en determinadas circunstancias. Su concesión se subordina a la buena marcha del servicio y a la ausencia de expediente disciplinaria. En ella se pierde el puesto de trabajo y no se percibe retribución alguna, ni se computa el tiempo a efectos de trienios o derechos pasivos. La excedencia voluntaria puede solicitarse en estos casos: A) cuando el funcionario se encuentra **en situación de servicio activo en el sector público** en otro Cuerpo o Escala de funcionarios; B) por **interés particular** de los funcionarios. Deberán haber prestado servicios durante los 5 años anteriores y no podrán estar en esta situación menos de dos años; C) por **agrupación familiar**, con una duración entre 2 y 15 años, a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otro municipio por desempeñar un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral en cualquier administración pública; D) la Ley 22/1993 creó la **excedencia voluntaria incentivada**

con el objetivo de reducir el personal afectado por los planes de reasignación de efectivos. Tiene una duración de 5 años e impide realizar trabajo en el sector público. Se reciben todos los emolumentos, excepto las pagas extraordinarias y el complemento de productividad. Si no se solicita el reingreso se pasará a excedencia voluntaria por interés particular.

La Ley 3/1989 (modificada por la Ley 4/1995 de regulación del permiso parental y por maternidad) que establece medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo extrae de la excedencia voluntaria el supuesto del cuidado de los hijos, configurando autónomamente la **excedencia para el cuidado de los hijos**. La excedencia no puede superar los 3 años por hijo y no pueden acogerse padre y madre a la vez. La permanencia en esta situación es computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos, pero el derecho más importante es el derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaba durante un año. Transcurrido ese primer año, la reserva lo será a puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

Sin prestar servicio están los funcionarios declarados en situación de **suspensión de funciones**, situación durante la cual quedan privados temporalmente de los derechos inherentes a la condición de funcionario. La suspensión puede ser provisional (durante la tramitación de un proceso judicial o disciplinario) con un máximo de 6 meses de duración y percibiendo un 75% del sueldo más trienios y pagas extraordinarias. Si la suspensión no es firme, la duración de la misma computará como servicio activo, acordándose la reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo con todos los derechos. La suspensión es firme cuando se imponga en virtud de condena criminal o sanción disciplinaria y determina la pérdida del puesto de trabajo.

Una regulación de las situaciones similar a la de los funcionarios es la establecida para jueces y magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, lo que supone que los jueces pueden alternar a su voluntad cargos políticos y judiciales de todo tipo con el riesgo que conlleva para su neutralidad e independencia.

TEMA 26

EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

• Derechos de los funcionarios

La Ley de 1964 enuncia un conjunto de derechos de los funcionarios, aunque algunos de ellos son declaraciones programáticas o principios que deben presidir una política social en la función pública, pero no derechos directamente exigibles, como son la protección en el ejercicio de sus cargos, la asistencia social, formación profesional, etc.

Sujeto a una amplia discrecionalidad es el derecho de los funcionarios a obtener **recompensas** (menciones honoríficas, condecoraciones o premios en metálico) por distinguirse notoriamente en el cumplimiento de sus deberes.

Directamente exigibles son los derechos a disfrutar de **vacaciones retribuidas** un mes al año y los **permisos**, de enfermedad durante tres meses con plenitud de derechos económicos, por matrimonio por quince días y por embarazo, asuntos propios o estudios durante tres meses cada dos años sin sueldo. La Ley de Medidas ha extendido los permisos breves por razones familiares o por traslado de domicilio, asistencia a exámenes, para realizar funciones sindicales o para cumplir deberes de carácter público y personal.

• La inamovilidad

Tradicionalmente por inamovilidad se entendía el derecho del funcionario a mantener la condición funcional y en un determinado destino, cargo o puesto de trabajo que se consideraba vinculado a aquella. Una primera versión de la inamovilidad es la de una garantía frente a la libre revocación de la condición

misma de funcionario, que sólo se puede perder más que en los casos legalmente fijados. Una segunda versión de la inamovilidad es la de un derecho a un puesto determinado que se ha obtenido a través de los procedimientos legalmente establecidos y protege al funcionario de un traslado a otro destino, cargo o puesto situado en otra localidad o simplemente de la privación del puesto que ocupa. En este caso, la inamovilidad es un derecho debilitado ya que la Ley de Funcionarios de 1964 la contemplaba como simple inamovilidad geográfica al señalar que el traslado forzoso sólo es posible en caso de sanción disciplinaria o se declare desierto un concurso para la provisión de una vacante urgente.

En la actualidad, los supuestos y los procedimientos para la revocación de puestos de trabajo que ocupan los funcionarios se han multiplicado y abaratado notablemente, pues si el puesto es de libre designación, el funcionario puede ser libremente removido de él, y si se le ha atribuido por concurso puede ser removido a través de una modificación del contenido del puesto de trabajo, realizada en las relaciones de puestos de trabajo, o apreciarse una falta de capacidad por parte de la autoridad de la que depende.

La debilidad del derecho al cargo se ha incrementado con la Ley 22/1993, de medidas Fiscales, de Reforma de Régimen jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo. Esta 2ª reforma de la ley de Medidas buscaba facilitar la movilidad funcional (ampliando la discrecionalidad en la asignación de puestos de trabajo) y reducir los efectivos del sector público. A ambos objetivos responden los **Planes de Empleo**, la reasignación de efectivos y las nuevas situaciones que se derivan, como la expectativa de destino y excedencia forzosa. Los planes de empleo se definen en la Ley como instrumentos esenciales para el planteamiento global de las políticas de recursos humanos de las distintas organizaciones administrativas y que tratan de adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de la propia Administración con el fin de incrementar la eficiencia de la misma.

En realidad, el Plan de Empleo es un conjunto de medidas que, previa negociación no vinculante con los sindicatos, pueden adoptar todas las AAPP y que les permiten modificar las estructuras administrativas y despojar de sus empleos a los funcionarios y personal laboral, disponiendo de los puestos de trabajo al margen de los procedimientos de concurso. No obstante, las previsiones sobre la organización y la relación de puestos de trabajo constituyen un elemento esencial y legitimador de los Planes de Empleo, ya que sólo modificando las estructuras administrativas se observa la necesidad de proceder a una optimización de los recursos humanos. Una Orden Ministerial, una Orden de una consejería de una C. Autónoma o un acuerdo del Pleno de una Corporación local pueden alterar estructuras orgánicas protegidas anteriormente por Ley.

Los Planes de Empleo pueden suspender la incorporación de personal externo, establecer cursos de formación, autorizar concursos de provisión de puestos limitados, etc. El gran operativo de los Planes de Empleo es la reasignación de efectivos de personal que permite privar de su empleo a los funcionarios y contratados laborales y que culmina con la asignación de un nuevo puesto o con la situación de excedencia forzosa. El proceso se produce en tres fases, ya comentadas con motivo del tratamiento de las situaciones de los funcionarios.

Con el derecho a un cargo, destino o puesto de trabajo se regula el **reingreso en el servicio activo** desde una situación en que no tienen asegurada la reserva de plaza como en la excedencia voluntaria. El reingreso se realiza a través de un procedimiento normal (participación en convocatorias de concurso y de libre designación) y de otro excepcional (asignación de puestos provisionales hasta que consiga uno definitivo).

• **El sistema de retribución**

La más importante contraprestación que recibe el funcionario por su trabajo es la remuneración, que es uno de sus derechos económicos. Tradicionalmente, el sueldo se correspondía con la categoría personal del funcionario y era compatible con indemnizaciones por situaciones singulares como dietas, cargas familiares, etc. Esta sencilla y racional fórmula se abandonó en 1964 al abolirse los grados personales de los funcionarios.

El sueldo era doble: el sueldo reglado o retribución (sueldo correspondiente al Cuerpo + trienios + pagas extraordinarias) y la retribución discrecional (complemento de destino + dedicación especial + servicios especiales + incentivos). La Ley de Medidas sigue intentando combinar estos dos sistemas de retribuciones básicas y complementarias. Así, las **retribuciones básicas** son:

- El *sueldo*, que corresponde al índice de proporcionalidad asignado a cada grupo en que se organizan los cuerpos y escalas.
- Los *trienios*, consistentes en una cantidad igual por cada grupo cada tres años de servicio.
- Las *pagas extraordinarias*, devengadas en junio y diciembre y cifradas en una mensualidad del sueldo y trienio.

En cuanto a las **retribuciones complementarias** son ahora estas:

- El *complemento de destino*, que corresponde al nivel del puesto que se desempeñe en una clasificación de 30 niveles.
- El *complemento específico*, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo.
- El *complemento de productividad*, destinado a retribuir el especial rendimiento y la productividad. Su cuantía no podrá superar de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa.
- Las *gratificaciones por servicios extraordinarios* fuera de la jornada normal, que nunca podrán ser fijas ni periódicas.

Aparte de todo lo anterior, los funcionarios percibirán las **indemnizaciones por razón del servicio**, concepto por el que se pagan las dietas o gastos por desplazamientos. En definitiva, en el sistema retributivo pierden peso las retribuciones básicas, en las que se impone un mayor igualitarismo, en detrimento de las complementarias. La discrecionalidad del sistema retributivo ha aumentado notablemente igual que la provisión de los puestos de trabajo. Un elemento positivo es el de la publicidad de las retribuciones complementarias, cuyas cuantías de las retribuciones básicas, de los complementos de destino y específicos deberá reflejarse en los Presupuestos. La percepción de ingresos por productividad será pública sólo para los miembros del Departamento y de los representantes sindicales.

• **La Seguridad Social de los funcionarios públicos**

La Ley 29/1975 sobre Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado establece, dentro del régimen general de la Seguridad Social, un régimen especial para los funcionarios, en el que se integran estos mecanismos de cobertura:

- El de derechos pasivos de acuerdo con sus normas específicas.
- El de ayuda familiar (hijos y minusvalías). Desde la Ley 31/1991 se ha integrado en el régimen general de la Seguridad Social.
- El de mutualismo administrativo, regulado por la Ley 29/1975.

Para esta última cobertura se creó la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), que se configura como un organismo con personalidad jurídica independiente al que se incorporan obligatoriamente todos los funcionarios, estableciéndose como base de la cotización los sueldos, trienios y pagas extraordinarias que percibe cada funcionario. La MUFACE se gobierna por el Consejo General formado por el Secretario de Estado, que lo preside, el Director General, 7 representantes de la Administración (nombrados por el Ministerio de AAPP) y 7 representantes de los funcionarios nombrados por los sindicatos presentes en el Consejo Superior de la Función Pública en proporción a su representatividad. Existen además las comisiones provinciales, constituidas de la misma forma. Los militares están cubiertos por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y los funcionarios de la Adm. de Justicia lo están por la MUGEJU.

A los mutualistas se les reconoce el derecho a las *prestaciones obligatorias* de asistencia sanitaria, subsidio de incapacidad transitoria, subsidio de invalidez, prestaciones por incapacidad permanente, indemnizaciones por lesiones o deformaciones causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio, servicios sociales, asistencia social y subsidios de nupcialidad y de natalidad.

Como *prestaciones facultativas* a establecer por el Gobierno, a iniciativa del Consejo Rector, se establecen: pensión complementaria de jubilación, subsidio de viudedad, subsidio de orfandad u otras prestaciones que pudieran acordarse. Todas ellas serán independientes y compatibles con las que puedan reconocerse por el sistema de derechos pasivos, ya que se financiarán con cargo a los recursos económicos de la Mutualidad.

• **Los derechos pasivos**

La Ley de Derechos Pasivos (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987) entiende por tales el derecho a las pensiones que tienen los funcionarios o sus familias frente a los riesgos de vejez, incapacidad, muerte y supervivencia. Estas pensiones son las de jubilación, viudedad, orfandad y a favor de los padres o del que viviere. Todas podrán ser de carácter ordinario, extraordinario y por razón de actos de terrorismo.

Pensiones ordinarias:

- *Jubilación o retiro*; el funcionario debe haber cumplido al menos 9 años de servicios y pasa a esa situación si llega a la edad de jubilación forzosa (65 años), padece incapacidad permanente o debilitación apreciable de sus facultades o tenga 60 años de edad pero haya completado 30 de servicio. El montante de la pensión de jubilación depende de la base reguladora (establecida cada año por los Presupuestos Generales del Estado) a la que se le aplica un porcentaje en función de los años de servicio efectivos.
- *Viudedad* a favor del cónyuge superviviente. Se causa por el fallecimiento del funcionario, sin necesidad de que aquél haya completado ningún tiempo de servicios efectivos al Estado. Su montante se calcula aplicando a la base reguladora el porcentaje fijo del 50%.
- *Orfandad*. Tienen derecho a ella los hijos del causante menores de 21 años o incapacitados para todo tipo de trabajo. Esta pensión existirá independientemente de la existencia del otro cónyuge. La base reguladora de esta pensión estará constituida por un 25% de la pensión de jubilación que correspondiera. Según el número de hijos se establecen diversos porcentajes.
- *Pensión de padre y madre*. Se condiciona a que dependieran económicamente del fallecido en el momento de su fallecimiento y que no existan cónyuge superviviente o hijos del fallecido con derecho a pensión. La base reguladora es también la pensión de jubilación.

Pensiones extraordinarias:

- *De jubilación o retiro*. Se devenga, cualquiera que sea el tiempo de servicio, por incapacidad permanente o inutilidad, siempre que la misma se produzca por accidente o enfermedad o en acto de servicio. El cálculo de la pensión se verificará de la misma forma que en el caso de la pensión ordinaria, con la particularidad de que se entenderán como servicios efectivos prestados los años que le faltaren al funcionario para alcanzar la edad de jubilación y que el haber regulador se tomará al 200%.
- *A favor de los familiares*. Se toman también los años que falten para la jubilación como años de servicios efectivos. La base reguladora se tomara al 200%, deduciéndose de ella una pensión de viudedad en el 25%, de orfandad en el 12'5% y del 7'5% para cada uno de los padres.

Las pensiones extraordinarias resultan mejoradas cuando se trata de **pensiones originadas como consecuencia de actos de terrorismo**. En este caso, la cuantía de las mismas será del 220% del haber regulador para el causante y del 200% para los familiares.

Los funcionarios están obligados a pagar una **cuota de derechos pasivos**, cuya cuantía resulta de aplicar al haber regulador que sirva de base para la pensión de jubilación un porcentaje del 3'86% que se descuenta mensualmente de la nómina.

Al ser las pensiones de clases pasivas una prestación pública, se imponen también una serie de **incompatibilidades**: prohibición de percibir otras pensiones de la Seguridad Social; prohibición de desempeñar un trabajo en el sector público; prohibición de simultanear más de tres pensiones ordinarias de jubilación, viudedad, orfandad o a favor de los padres causadas por diferente persona; y prohibición de simultanear dos o más pensiones ordinarias.

• **Deberes de los funcionarios**

Los deberes y obligaciones se expresan en los arts. 76–82 de la Ley de Funcionarios de 1964 y se infieren de las reglas de los servicios públicos, legislación de secretos oficiales o en la descripción de las conductas que suponen infracción disciplinaria.

- *Consagrarse a la función.* Fiel desempeño de la función o cargo, colaboración con superiores y compañeros, deben residir en el término municipal donde desempeñen sus servicios aunque el Subsecretario del Departamento puede autorizar la residencia en lugar distinto.
- *Obediencia jerárquica.* Respeto y obediencia a superiores jerárquicos. Los superiores deben tratar con corrección a los funcionarios subordinados y facilitar el cumplimiento de sus obligaciones. La obediencia no supone admitir órdenes contrarias a la Constitución y a las leyes.
- *Discreción y secreto profesional.* El funcionario no debe divulgar datos y noticias de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que pueden perjudicar al servicio o a la vida privada de los administrados. El Código Penal tipifica los delitos de infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos.
- *Cortesía.* Cortesía y corrección con los administrados, actuar de forma igualitaria y abstenerse en asuntos en los que intervengan.
- *Actuar con dignidad y honorabilidad.* Deber en regresión, una vez derogados los Tribunales de Honor. Se afirma cada vez más la separación entre la vida privada y profesional del funcionario.
- *Fidelidad a la Constitución.* Su incumplimiento es una falta muy grave.

En todo caso las obligaciones y deberes que tienen los funcionarios son más rigurosos que los impuestos por el Estatuto de los Trabajadores al personal laboral (*...cumplir con las obligaciones concretas de su puesto, observar las medidas de seguridad e higiene, cumplir las instrucciones del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas o contribuir a la mejora de la productividad...*). Una vez más, los funcionarios pueden sentirse discriminados ya que se les exige más que al personal laboral, aparte de que están sujetos a responsabilidades superiores.

• **La obligación de imparcialidad: politización e incompatibilidades**

Los principios constitucionales de servir con objetividad los intereses generales y la imparcialidad con que deben actuar los funcionarios postulan una organización de un sistema de carrera que proteja las expectativas profesionales de los funcionarios de los intentos de manipulación política y un conjunto de garantías jurídicas que les cubra de posibles riesgos a la hora de defender los intereses generales. La regla de la imparcialidad implica limitaciones a la actuación de los funcionarios, tanto respecto de su actividad política como privada.

• **La actividad política de los funcionarios**

Una aplicación rigurosa de la imparcialidad es la que se da en el *Civil Service* inglés, donde los funcionarios pueden tener opiniones políticas y votar pero no presentarse a las elecciones. En Inglaterra no es posible pasar del nivel de funcionario al político y volver. En España, este modelo de incompatibilidad es el modelo que

está establecido para los miembros de las Fuerzas Armadas, aunque ligeramente modificado en 1990 permitiendo participar en elecciones.

A los funcionarios civiles, por el contrario, se les ha permitido la más amplia actividad política y sindical, actividad que incluso se fomenta. Los funcionarios pueden afiliarse a un partido político, a un sindicato, ser directivo de ellos, manifestar libre y públicamente sus opiniones, participar en las elecciones y ser nombrados para cargos de libre designación política. Todo ello sin perder su status funcional.

A este propósito estimulador sirve la regulación de la situación de servicios especiales, a la que pasan los funcionarios cuando son elegidos o nombrados para un cargo político o sindical. En esta situación tienen derecho al cómputo del tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 también ha facilitado el paso a la política de jueces y magistrados, siempre sin pérdida de la carrera.

• **Función pública y libertad de expresión**

En el derecho comparado existe un amplio espectro de posibilidades que van desde la prohibición rigurosa en Inglaterra hasta la libertad total en la República de Weimar y la II República Española, pasando por una posición francesa más matizada que divide la actuación del funcionario según esté en el ejercicio de sus cometidos o fuera de servicio.

En la actualidad, en España la libertad de expresión de los funcionarios civiles no está cercenada por preceptos expresos, por lo que su situación es análoga a la de los demás ciudadanos. Sin embargo, algunas limitaciones sí están implícitas en la regulación de las infracciones que hace la Ley de Medidas (art. 31): *las manifestaciones de los funcionarios que impliquen infidelidad a la Constitución o supongan violación de la neutralidad o independencia política para influir en los procesos electorales, y asimismo la publicación o uso de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales.*

• **Función pública y actividades privadas**

La imparcialidad de los funcionarios también puede ponerse en entredicho al permitirse actividades privadas. El derecho comparado impone, por norma general, la más rigurosa incompatibilidad por razones éticas (posible colisión de intereses públicos y privados) y de productividad, que no se concibe pueda ser óptima en dos empleos o profesiones.

En España la regla tradicional ha sido la de compatibilidad para todos los funcionarios civiles y militares, excepto para los jueces. Desde 1984 (Ley 53/1984 de Incompatibilidades) se ha establecido una regulación más rigurosa estableciendo la incompatibilidad de dos actividades o puestos en el sector público, aunque se acepta la compatibilidad de un segundo puesto en el sector público para funciones docentes y sanitarias. La Ley obstaculiza la compatibilidad si la actividad privada puede colisionar con la pública y también las actividades privadas están sujetas a autorizaciones previas y a penalizaciones económicas.

• **La responsabilidad de los funcionarios**

El control ordinario de la Administración se realiza básicamente a través de la revisión de sus actos y disposiciones ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque también puede actuarse a través de la exigencia de responsabilidad a los funcionarios en sus tres formas, civil, penal y disciplinariamente. La vía judicial se completa con técnicas de control interno (revisión de oficio, inspecciones de servicios) y con el ejercicio efectivo de la responsabilidad por parte de los funcionarios y autoridades.

El concepto de funcionario a efectos de la responsabilidad civil y penal es amplio, ya que se extiende a los funcionarios en sentido estricto, al personal laboral y a todos los que ejercen funciones y servicios públicos. Por el contrario, la responsabilidad disciplinaria no se aplica a los funcionarios electivos ni al personal eventual ni a los cargos de confianza. Tampoco a los empleados laborales, originando así otra duplicidad de regulación, en este caso, la sancionadora o disciplinar, en una misma organización.

- **La responsabilidad civil**

La falta de operatividad de la responsabilidad penal de los funcionarios supone que, históricamente, se haya abierto un proceso especial para la exigencia de la responsabilidad civil a los funcionarios.

La Ley de Régimen jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común (1992, reformada parcialmente en 1999) distingue tres supuestos:

- *Responsabilidad directa del funcionario frente al particular.* Los ciudadanos podrán exigir al personal al servicio de la Administración la responsabilidad civil y penal (no se citan las autoridades).
- *Responsabilidad indirecta del funcionario frente al Estado por vía de regreso.* La Ley establece la responsabilidad solidaria del Estado, de manera que el particular es libre de dirigirse contra el Estado o contra el funcionario. El art. 145.2 reconoce al Estado, tras indemnizar a los lesionados, la posibilidad de exigir de sus funcionarios o autoridades la responsabilidad en la que hubieran incurrido por negligencia grave o dolo, ponderándose los daños producidos, la intencionalidad y la responsabilidad profesional.
- *Responsabilidad directa del funcionario frente al Estado.* En caso de ser el Estado el perjudicado, podrá instruir expediente a Autoridades o funcionarios que por dolo, culpa o negligencia graves hubieran causado daño o perjuicio en bienes o derechos del Estado.

Los requisitos de fondo para proceder a una acción civil son la existencia de una lesión evaluable económicamente e individualizada, un nexo causal con la actividad del funcionario y un elemento subjetivo como es el dolo, la culpa o la negligencia. Si el delito es de daños, la jurisdicción pasa a ser la penal.

Las salas de lo Civil del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA conocen de las acciones civiles contra los titulares de los órganos constitucionales y máximas autoridades políticas del Estado y de las CCAA.

10. La responsabilidad disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios es aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden sobre sus derechos. La potestad disciplinaria se justifica en la especial relación de poder en la que se encuentra voluntariamente el funcionario de manera que la sanción máxima será la de la separación del servicio y pérdida de la condición de funcionario.

La disciplina se vincula al principio de jerarquía. Se ha pasado con el paso del tiempo de una potestad disciplinaria rigurosamente autoritaria a otra sustancialmente diversa en la que priman las garantías del funcionario. Se observa una penetración de los principios informadores del derecho penal como la tipicidad, la culpabilidad y la adecuación de las sanciones a la entidad de la infracción, lo que reduce la discrecionalidad de la disciplina. En España faltan aún por instaurarse garantías sindicales eficaces en el control de la potestad disciplinaria, ahora reducidas a la información a las Juntas y Delegados de Personal.

- **Faltas disciplinarias**

La Ley de Medidas de 1984 y el Reglamento de desarrollo del régimen disciplinario (RD 33/1986) definen las

faltas muy graves: Incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública; discriminar a los administrados; abandono del servicio; adoptar acuerdos manifiestamente ilegales; publicación o uso indebido de secretos oficiales; notoria falta de rendimiento; violación de la neutralidad política; incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades; obstaculizar el ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales; incumplimiento de la atención de los servicios esenciales en caso de huelga; realizar actos limitativos de la libertad de expresión y ser sancionado 3 veces por falta grave en un año.

Se consideran **faltas graves:** la obediencia debida a los superiores; el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo; conductas constitutivas de delito doloso; tolerancia hacia las faltas muy graves o graves de los subordinados; desconsideración grave hacia superiores, subordinados y compañeros; causar daños graves en locales, material o documentos de los servicios; no abstenerse cuando se es parte de un procedimiento; no guardar el debido sigilo sobre los asuntos que se conozcan por razón del cargo; incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo; grave perturbación del servicio; acciones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios; etc.

Como **faltas leves** se consideran: el incumplimiento injustificado del horario de trabajo y la falta de asistencia justificada de un día, cuando no sea falta grave; la incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados; descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones; incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, si no suponen falta grave o muy grave.

• Sanciones disciplinarias

Están tipificadas en la Ley de 1964 y se reducen a 4 tipos distintos:

- *Separación del servicio.* Sólo podrá imponerse por parte del Gobierno (previo informe de la Comisión Superior de Personal) como consecuencia de una falta muy grave.
- *Suspensión de funciones.* Podrá acordarse por el Ministerio correspondiente por faltas graves (máximo de tres años de suspensión) o muy graves (entre 3 y 6 años).
- *Traslado con cambio de residencia.* Podrá acordarla el Ministerio del que dependa el funcionario por la comisión de faltas graves o muy graves, e implica no poder obtener destino en la localidad de la que fueron trasladados durante uno o tres años según la gravedad de la falta.
- *Apercibimiento.* Se aplica a la sanción de faltas leves.
- **Extinción de la responsabilidad disciplinaria. La prescripción**

La extinción de la responsabilidad disciplinaria tiene lugar por el cumplimiento de la sanción, muerte, prescripción de la falta o de la sanción, indulto, amnistía y por la pérdida de la condición de funcionario del inculcado. En todo caso no se extingue la posible responsabilidad civil o penal que pueda ser exigida.

En cuanto a la **prescripción**, se establecen los plazos de un mes (faltas leves), dos años (graves) y seis años (muy graves) a contar siempre desde su comisión. Se ha sustituido la tradicional doctrina de que las faltas disciplinarias no prescribían nunca.

11. El procedimiento disciplinario

El procedimiento disciplinario se rige por lo dispuesto en la LRJPAC y en el Reglamento de Régimen disciplinario de los Funcionarios (RD 33/1986). La regla general es la necesidad de expediente instruido al efecto para las sanciones por faltas graves o muy graves, dispensándose de él para imponer sanciones por faltas leves. El trámite de audiencia del interesado deberá evaluarse siempre.

La **iniciación** del procedimiento se hará de oficio, por propia iniciativa o por denuncia de particulares o subordinados. Al incoarse el expediente se nombra instructor, que deberá ser funcionario perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculcado, y secretario, si es un asunto muy complejo. Los

nombramientos deben notificarse al interesado a efectos de recusación. Pueden tomarse las medidas provisionales oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, destacando la *suspensión provisional* de funciones, derechos y prerrogativas de la condición de funcionario, salvo la percepción del 75% del sueldo y del complemento familiar, situación que no podrá durar más de 6 meses. Si el expediente se incoa a un representante sindical o de personal, deberá notificarse al Sindicato o a la Junta de Personal para que puedan ser oídas durante el procedimiento.

El **desarrollo** del expediente guarda una gran similitud con el proceso penal y se hará observando estas reglas:

- El instructor hará declarar al presunto inculcado y realizará las diligencias necesarias que se deduzcan de la denuncia.
- El instructor formulará el *pliego de cargos* a la vista de las actuaciones practicadas y de las sanciones que pudieran ser de aplicación, notificándolo al inculcado para que presente las alegaciones oportunas para su defensa (incluidas las prácticas de pruebas).
- Practicadas las pruebas, el instructor dará *vista* del expediente al inculcado, facilitándole copia completa para que presente alegaciones y nuevos documentos si lo cree conveniente.
- En diez días el instructor formulará la *propuesta de resolución*, donde se señalarán con precisión los hechos, motivará la denegación de pruebas y hará la valoración jurídica de los hechos para determinar la falta cometida y la sanción a imponer. El inculcado tiene 10 días más para alegar lo que crea conveniente, tras lo cual se remitirá el expediente al órgano que haya acordado la incoación.

La **resolución** deberá ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente, sin que puedan aceptarse hechos distintos de los que figuren en el pliego de cargos y en la propuesta de resolución. El órgano podrá devolver el expediente al instructor para que efectúe nuevas diligencias, con un nuevo trámite de audiencia al inculcado.

La **ejecución** de las sanciones deberá hacerse en el plazo de un mes y se anotarán en el Registro Central de Personal. El órgano competente puede decidir la *suspensión de la ejecución* y el Ministro para las AAPP puede acordar por causa fundada la *inejecución*. El Consejo de Ministros puede acordar tanto la suspensión de la ejecución como la inejecución de la separación del servicio

• **Potestad disciplinaria y responsabilidad penal**

La Ley Orgánica del Poder Judicial señala claramente la preferencia que tiene la jurisdicción penal frente a otras jurisdicciones (incluida la potestad disciplinaria de las autoridades administrativas). No obstante, el Tribunal Constitucional ha consagrado la tesis de la independencia de la potestad disciplinaria y de la responsabilidad penal, lo que supone que se admite la potestad sancionadora en supuestos en que la autoridad judicial aún no se haya pronunciado sobre los hechos susceptibles de ser constitutivos como delito o falta.

El Reglamento de régimen disciplinario distingue dos supuestos:

- En los supuestos tipificados por el Código Penal como delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos o de los que puedan cometer los funcionarios contra los derechos de la persona, la tramitación del expediente se suspenderá hasta que recaiga sentencia penal.
- En aquellos otros supuestos que puedan constituir delito, el instructor lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiera ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal.

TEMA 28

LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- **El personal de las Comunidades Europeas**

Frente al sistema de empleo en las organizaciones internacionales que se nutren de funcionarios de los Estados miembros o recurren a la contratación temporal, la Administración de las Comunidades Europeas está a cargo de un personal propio encuadrado mayoritariamente en un sistema de función pública. Además del personal funcionario existen otras dos clases de personal contratado:

- **Los contratados de Derecho comunitario.** Se incluye al personal temporal, auxiliar o de consejero especial. Todos ellos tienen una vinculación contractual que no supera ciertos límites, no tienen derecho a los ascensos propios de los funcionarios pero se rigen por las reglas estatutario–funcionariales. Los litigios del personal (funcionario o no) con las Instituciones se someten al Tribunal de Justicia de la UE.
- **Los contratados de Derecho privado local.** Incluye al personal reclutado para realizar tareas materiales fuera de la organización de la comunidad o de los países que ésta comprende. Los contratos se realizan con arreglo al Derecho del país en el que han de prestar sus servicios. Los litigios se resolverán según la justicia de ese país.
- **La función pública comunitaria**

El sistema de función pública de la UE es muy parecido al sistema francés con algunas influencias alemanas. Por ello puede calificarse de sistema cerrado, ya que supone la titularidad permanente de un empleo y la posibilidad de progresar en la responsabilidad y los derechos reservados al colectivo o cuerpo a que se pertenece (derecho al ascenso). Este personal no está sujeto a las reglas de los contratos, sino que su posición jurídica es legal o estatutaria, modificable por ello unilateralmente.

El Estatuto vigente define a los funcionarios como *aquellas personas que han sido nombradas por un acto escrito de la Autoridad investida del poder de nombramiento, que, como todo ascenso, debe tener como presupuesto obligatorio una vacante*. El funcionario de la UE pierde toda vinculación con el Estado del que procede y no debe solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno, autoridad, organización o persona exterior a la Institución en que trabaja. Se prohíbe aceptar, sin autorización expresa, cualquier nombramiento, distinción honorífica, favor o remuneración de cualquier naturaleza, salvo por trabajos anteriores o por permiso especial de servicio militar.

Se exigen especiales deberes de lealtad con la Administración europea que se prolongan hasta tres años más allá de la jubilación. También los funcionarios deben observar la más estricta discreción sobre las informaciones que tengan a su cargo y no pueden publicar ningún trabajo relacionado con la actividad de las Comunidades.

Se reconoce el derecho de asociación de los funcionarios y se instrumenta un sistema de representación y participación en la gestión de la función pública a través de comités de personal, comisiones paritarias y consejos de disciplina. No existe, sin embargo, un reconocimiento expreso del derecho de huelga.

- **Reclutamiento, carrera y situaciones**

La función pública comunitaria se sujeta al principio de mérito y de carrera. De conformidad con el Estatuto, el **reclutamiento** debe orientarse a la selección de personas que garanticen las más altas cualidades de competencia y rendimiento, sobre la más amplia base geográfica posible entre los Estados miembros, sin distinción de raza, sexo o creencias, y sin reserva de empleos concretos a los originarios de un Estado miembro determinado.

No pueden ser nombrados funcionarios de la UE: a) los no nacionales de un país miembro o que aún siéndolo no tengan un pleno uso de sus derechos cívicos; b) los que no tengan regularizada su situación militar; c) los que no ofrezcan garantías de moralidad requeridas; d) los que no superen los procedimientos de selección establecidos (concurso de méritos, oposición o concurso–oposición); y e) los que no justifiquen conocer

profundamente una de las lenguas de la Comunidad y satisfactoriamente otra.

Tras observar la existencia de vacantes, la autoridad competente abre el procedimiento externo a través del concurso, la oposición o el concurso-oposición. De este procedimiento se dispensa la selección de los funcionarios superiores (A1 y A2). Los funcionarios deben superar además un período de prueba, variable entre 6 y 9 meses.

El **sistema de carrera** comporta la clasificación de todos los funcionarios en *categorías* (de la A a la D), que se dividen en *grados* (8 para los A, 5 para los B y C y 4 para los D). Existen pues 22 grados personales, divididos a su vez en *escalones*, normalmente 8, que se van conquistando por el tiempo de servicios prestados. Se establece así un claro orden jerárquico entre todo el funcionariado.

Existen tres tipos de ascenso: A) El *ascenso de escalón* supone un cambio de retribución y se produce cada dos años de antigüedad; B) El *ascenso de grado* se produce cuando hay vacante en el grado superior y corresponde al funcionario que supere en méritos acreditados en examen comparativo y por los informes que obren en su expediente a los demás que opten al mismo ascenso; C) El *ascenso de categoría o cuerpo* sólo puede tener lugar a través de un concurso.

En cuanto a las **situaciones**, la normal es la de *actividad* en el puesto de destino para el que han sido nombrados. Además, pueden encontrarse en las siguientes:

- *Comisión de servicios*. El funcionario, a petición propia o en interés del servicio, está a disposición de otra institución de la UE distinta de la de origen.
- *Permiso o excedencia por un año*. Renovable por dos años, pero sin derecho a sueldo.
- *Permiso por razón del servicio militar*. Se reserva el puesto.
- *Disponibilidad*. Originada por una reducción de personal. El funcionario pierde su derecho a la retribución y al ascenso de escalón, pero es compensado con una indemnización y tiene preferencia durante 2 años para reintegrarse en el servicio activo.

• **Remuneraciones y otros derechos**

El sistema de remuneración de los funcionarios europeos es generoso, simple y transparente. El concepto retributivo básico es el *sueldo*, que se asigna al escalón de cada grado. Las cantidades van subiendo dentro de cada grado a medida que mayor es el escalón. Sin embargo, los sueldos de los escalones inferiores de cada grado son menores que los de los escalones superiores del grado inferior. El abanico retributivo es bastante amplio y oscila entre 280.000 y 2 millones de pesetas mensuales.

Los eurofuncionarios también perciben una *indemnización familiar*, equivalente al 5% del salario base por matrimonio y por cada hijo. La escolarización de los hijos y la Seguridad Social corren a cargo de los Presupuestos de la UE, pudiendo elegir médico y clínica abonando una mínima parte de los gastos.

Los *descuentos y retenciones* sobre los sueldos se circunscriben a la pensión futura, los seguros de enfermedad y accidente y al impuesto comunitario, que tiene un tope máximo del 45 % empezando casi desde 0. Todos los funcionarios, excepto los belgas, tienen derecho a un suplemento (gastos de extrañamiento) equivalente al 16% de su sueldo. La mudanza y dos viajes en tren al año a su país corren también a cargo de las Comunidades. Durante un período podrá comprar un coche sin pagar IVA y diversos muebles libres de impuestos.

La *jubilación* garantiza a los funcionarios una pensión equivalente al 70% de su sueldo cuando han cumplido 35 años de servicio o 65 de edad. Si existe un plan anticipado de jubilaciones debido a la incorporación de nuevos estados miembros puede rebajarse la edad de jubilación a 55 años, cobrando también el 70% del sueldo (patada dorada).

- **Responsabilidad disciplinaria**

El Estatuto contempla una regulación muy sumaria del poder disciplinario. La tabla de **sanciones** comprende la advertencia, la amonestación, la suspensión temporal del avance de escalón, rebaja o pérdida de escalón, pérdida de grado, revocación y pérdida total o parcial del derecho a la pensión para los ya jubilados.

Las sanciones más importantes deben seguir un procedimiento disciplinario regular, en el que tienen un papel destacado el Consejo de disciplina, formado por un Presidente y 4 miembros elegidos que deben ser de un grado como mínimo igual al del funcionario inculinado. El Consejo actúa con independencia y sus trabajos son secretos.

El **procedimiento** es éste: uno de los miembros del Consejo de Disciplina hace un informe sobre el conjunto del asunto; el funcionario inculinado dispone de tiempo para preparar su defensa y solicitar pruebas y testigos; si los hechos no quedan claros, puede ordenarse una encuesta contradictoria que dirigirá un instructor; terminada la instrucción, el Consejo de disciplina emite un informe motivado sobre la sanción adecuada a los hechos. En todo caso, el Presidente del consejo no participa de las decisiones, salvo en caso de empate de votos.

TEMA 27

DERECHOS COLECTIVOS DE LOS FUNCIONARIOS

- **Los derechos colectivos de los funcionarios**

La distinción entre derechos individuales, los propios de la relación funcionarial, y derechos colectivos como miembros de un colectivo o Cuerpo es aplicable a los funcionarios. Los derechos colectivos de los funcionarios, cuyo soporte básico es la constitución de sindicatos y asociaciones profesionales, es la aportación más significativa del Derecho laboral al sistema de función pública, igual que la estabilidad en el empleo o la admisión de situaciones de inactividad han influido en el Derecho laboral procedentes de la función pública.

Los derechos colectivos de los funcionarios (protección del derecho de sindicación y la negociación colectiva) son derechos protegidos por Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo. Por otro lado, los derechos colectivos de los funcionarios tienen iguales cimientos que los de los trabajadores en los arts. 28 y 37 de la CE sobre la sindicación, la huelga y la negociación colectivas. Existe además una legislación ordinaria compartida con el empleo privado: la legislación sobre el ejercicio del Derecho de huelga y sobre la libertad sindical, excepto las matizaciones para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Diversa es la regulación de otros derechos colectivos como la legislación sobre órganos de representación, condiciones de trabajo y participación del personal. Todas estas normas, pese a su similitud con otras laborales, son formalmente de Derecho administrativo.

- **Sindicalismo y función pública**

- Problemas generales y fases del reconocimiento de los sindicatos de funcionarios

El derecho básico de los trabajadores es el de constituir asociaciones o sindicatos para la defensa de los intereses profesionales, derecho que ha tropezado con graves dificultades en todos los países occidentales. Las asociaciones de funcionarios no pudieron inicialmente constituirse con arreglo a los preceptos que regularon la libertad de asociación sindical en general debido a que la función pública partía de una rígida concepción del principio de jerarquía y del servicio público.

Frente a la mística de la función pública y del servicio al estado, los funcionarios sindicalistas se veían a sí

misimos como simples trabajadores. Con dificultades, la presión asociativa sindical de los funcionarios acabará imponiéndose en casi todos los países europeos. Entre las dos guerras mundiales se reconoció un derecho de asociación limitado para después de la II Guerra Mundial reconocerse los derechos de sindicación y huelga, pero en ningún sentido entendidos en sentido amplio.

- **El contenido básico de la libertad sindical en la función pública**

Normalmente los textos constitucionales o los estatutos de funcionarios reconocen el derecho a formar asociaciones profesionales o sindicatos en régimen de libertad, cumpliendo una serie de requisitos y manteniendo una independencia funcional y organizativa. En algunos casos se reconoce cierta oficialización a los sindicatos más representativos. En algunos países se prohíbe radicalmente la huelga de funcionarios (EEUU), en otros se limita ese derecho en algunos funcionarios (policías o jueces).

La negociación colectiva es una cuestión problemática ya que las retribuciones se fijan por el Parlamento, depositario de la soberanía popular. Esto supone que la negociación sigue una serie de leyes y reglamentos formales, aceptándose la posterior aprobación del Gobierno y su adecuación a las previsiones presupuestarias.

- **La regulación de la libertad sindical. Sindicato más representativo y tutela de la acción sindical**

La plenitud del derecho sindical se asienta en el art. 28 de la CE: *todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.* Este precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical, por la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública y por la Ley 9/1987 sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal.

La Ley 30/1984 puso las bases para una posterior regulación de los derechos colectivos de los funcionarios, comenzando por establecer la participación de los sindicatos en la gestión de la función pública en el Consejo Superior de la función Pública. También facilitó la representación sindical al permitir el pase a la situación de servicios especiales a los funcionarios con cargos sindicales. También hubo un moderado reconocimiento de la negociación colectiva.

La Ley Orgánica 11/1985 reconoció un derecho de sindicación general, incluidos los funcionarios. Se excluye de la regulación de esta Ley a los miembros las Fuerzas Armadas y miembros de la judicatura y se remite a otra legislación a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad de carácter no militar. En esta ley se regula la libertad sindical, régimen jurídico, representatividad y acción sindical y régimen jurídico. La Ley 9/87 reguló la protección del derecho de sindicación y los procedimientos de empleo y participación.

Conforme a la LO 11/1985, la **constitución** de sindicatos con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, en los que el trabajador o funcionario es libre de afiliarse o no afiliarse, requiere el depósito de los estatutos en una oficina pública, se le da publicidad en el BOE, se abre un período de impugnaciones. En 20 días el sindicato tendrá personalidad jurídica y capacidad de obrar.

Existe también en el sector público la condición de **sindicato más representativo**, condición que les confiere una importante situación jurídica a efectos de participación institucional (representación institucional ante la Administración, participar en elecciones, participar en las soluciones de conflictos laborales) y de acción sindical (negociación colectiva). La condición de sindicato más representativo en el ámbito estatal se otorga a los que acrediten un 10% o más del total de delegados de personal de los miembros de las Juntas de personal (un 15% en las CCAA). No se acepta la representatividad en función de los socios de cada sindicato, ya que la sindicación es voluntaria. Esto favorece a las grandes centrales ya implantadas en el sector privado.

La LO de Libertad Sindical regula también las **tutelas de la libertad sindical y la represión de las**

conductas antisindicales, declarando nulos y sin efecto los preceptos, cláusulas de convenios, pactos individuales o decisiones del empresario que supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales. La garantía de la libertad sindical se remite a la Jurisdicción ordinaria y al proceso de protección de los derechos fundamentales de la persona ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es aplicable también a los sindicatos de funcionarios la regulación de la **acción sindical**, que se centra en el reconocimiento a los trabajadores afiliados a un sindicato de los derechos a constituir secciones sindicales, celebrar reuniones, recaudar cuotas, transmitir información, disponer de un tablón de anuncios en el centro de trabajo, etc. Se reconoce a los que ostenten cargos sindicales electivos en el ámbito provincial, autonómico o estatal, el derecho a obtener permisos no retribuidos, a obtener la excedencia forzosa o la de servicios especiales.

• **Participación sindical y de los representantes del personal en la gestión de la función pública**

La colaboración de los sindicatos de funcionarios más representativos en la gestión de la función pública parece concretarse a los grandes temas y desarrollarse a través de su presencia en los órganos máximos de consulta de la función pública como son los Consejos Superiores de la Función Pública. El sindicalismo libre no da respuesta completa a las necesidades de representación del personal, por eso se ha arbitrado una técnica de **representación directa** del funcionariado, inicialmente al margen del sindicalismo.

La representación directa supone la participación de todos los funcionarios integrados en un cuerpo o agrupación, quienes eligen unos mandatarios que se integran en organismos con vocación de gestores de los problemas de personal y sobre el funcionamiento del servicio.

La versión española de los mecanismos directos de representación y participación de los funcionarios está condicionada y rebajada por la obsesión anticorporativa que ha eliminado del sistema cualquier mecanismo de representación directa en el interior de los cuerpos y a rechazar la participación de los miembros de éstos en la gestión de su carrera. De esta forma la representatividad queda en manos de los sindicatos, pero las grandes centrales sindicales implantadas en el sector privado se encuentran con una gran competencia en los sindicatos específicos de cada cuerpo. Por último, las competencias de estos órganos no son muy significativas.

• **Órganos de representación del personal. Delegados y juntas de personal.**

La Ley 9/1987 de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las AAPP (modificada parcialmente por las leyes 7/1990 y 18/1994) reconoce a los funcionarios el derecho a constituir órganos de representación ante las AAPP y otros Entes públicos a través de un sistema electivo. El sistema diseñado por la Ley no respeta el pluralismo sindical ya que está hecho para beneficiar a las grandes centrales sindicales (UGT y CCOO) mediante un sistema electoral de listas cerradas. Este sistema se usa también para designar al sindicato más representativo, que tiene derecho a ocupar los puestos de las mesas de negociación de convenios colectivos y de los órganos de gestión del personal (Consejo Superior de la Función Pública).

La representación se articula a través de dos tipos de órganos: 1) Los **delegados de personal** son los órganos de representación de las Entidades que cuenten con un número de funcionarios entre 10 y 50. Se eligen entre uno y tres delegados. 2) Las **Juntas de personal** se crearán cuando haya más de 50 funcionarios con una composición variable que puede oscilar entre los 5 y los 75. Las Juntas de personal se crearán en cada departamento ministerial u organismo autónomo, entidades de la Seg. Social, Administración de justicia, delegaciones provinciales, etc. También en las CCAA se sigue el sistema de juntas centrales y juntas provinciales.

La **Administración electoral** está formada por una Junta electoral General constituida en el Consejo Superior

de la Función Pública y compuesta por igual número de representantes de las administraciones públicas y de las organizaciones sindicales presentes. Se prevén también juntas electorales de zona y mesas electorales en todos los centros de trabajo con más de 100 funcionarios. La presentación de candidatos se reserva a las organizaciones sindicales legalmente constituidas y a un número de electores equivalente al triple de los miembros a elegir. Se vota además sobre listas cerradas y bloqueadas. En principio, los miembros de las Juntas de Personal tienen un mandato de 4 años, aunque puede prorrogarse si no se promueven nuevas elecciones. La acreditación formal de los resultados y de la condición de sindicato más representativo que se otorga en función de las mismas se lleva a cabo por el registro de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio para las AAPP.

Las **competencias de los Delegados y de las Juntas de Personal** no justifican un montaje tan complejo ni los privilegios funcionariales de los que son investidos los funcionarios elegidos. Sus funciones se reducen a las consultivas, emitiendo informes mayoritariamente no preceptivos y nunca vinculantes, y a las de control, vigilancia y denuncia. Las Juntas de Personal (por mayoría) y los Delegados (mancomunadamente) tienen legitimación para iniciar como interesados los correspondientes procedimientos administrativos. Brevemente las competencias son: 1) recibir información sobre la política de personal; 2) Emitir informes sobre las instalaciones, planes de formación y métodos de trabajo; 3) ser informados sobre las faltas muy graves; 4) ser oídos sobre la jornada laboral, horario de trabajo, régimen de permisos y vacaciones y cantidades por productividad; 5) vigilar las condiciones de seguridad e higiene así como los accidentes laborales; 6) informar a los representados sobre todas las cuestiones; etc. Los miembros de las Juntas de personal y los Delegados están obligados a observar sigilo profesional sobre los temas que la Administración señale expresamente, aún después de expirar su mandato.

Para garantizar el cumplimiento de sus cometidos se reconoce a los Delegados y a los miembros de las Juntas de personal un crédito de horas mensuales retribuidas dentro de la jornada de trabajo y la garantía especial de no ser trasladados ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones.

• **La participación sindical en los órganos colegiados de gestión de personal**

La Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública creó el **Consejo Superior de la Función Pública**, al que define como órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de personal y de participación del personal al servicio de las AAPP. El Consejo lo preside el Ministro para las Administraciones Públicas, se compone de 17 representantes de las CCAA, otros tantos de la Adm. Local, un número superior de representantes del Estado y una minoría de 17 representantes de los sindicatos elegidos según la representatividad en el ámbito estatal y autonómico.

Las funciones del CSFP son sólo consultivas y, aún así, facultativas para el Gobierno. La aplastante mayoría de los representantes de las AAPP lleva al desánimo y la abstención de los representantes sindicales del personal.

Al margen de este Consejo se autoriza la constitución de otros órganos colegiados de participación de las organizaciones sindicales en las materias relacionadas con el sistema retributivo y el régimen de personal a su servicio.

• **La negociación colectiva en la función pública**

Por primera vez en nuestro Derecho, la Ley 9/1987, modificada aquí por la 7/1990, reconoce y regula una modesta participación de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo a través de acuerdos y pactos suscritos entre las AAPP y los sindicatos más representativos o con los representantes del personal que hayan obtenido al menos un 10% de la representación. La negociación colectiva en la función pública tropieza con la dificultad de negociar sobre una materia de competencia del Parlamento, los presupuestos. El Tribunal Constitucional ha señalado que la agrupación de funcionarios no tiene como única

vía en defensa de sus intereses la negociación colectiva, pero sin declararla ilegal, lo que ha permitido su reconocimiento por la Ley de Medidas, la LO de Libertad Sindical o la Ley de Bases de Régimen Local.

La negociación colectiva puede articularse a través de acuerdos sobre materias de la competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las CCAA u órganos correspondientes de las Entidades Locales, o a través de pactos sobre materias estrictamente competencia del órgano administrativo que lo suscriba. Deben referirse en todo caso las partes intervinientes, el plazo de vigencia y el ámbito personal, funcional y territorial.

Los convenios colectivos funcionariales son distintos para el personal laboral, que se sujetan estrictamente al Derecho del Trabajo. La negociación colectiva de los funcionarios, a diferencia de la del personal laboral, está presidida por una notable desigualdad que privilegia a la Administración, permitiéndole afirmar su supremacía en todo momento de la negociación. Los acuerdos deben ser ratificados por el Consejo de Ministros, consejo de gobierno de la CA o por la Entidad local. Si existe desacuerdo, la Administración puede establecer las condiciones que crea convenientes. Pueden nombrarse **mediadores** de común acuerdo cuando surjan conflictos.

El principio de legalidad por el que se rige la función pública hace muy difícil la determinación de unas materias que puedan ser objeto de negociación ya que ésta no podrá afectar a materias regidas por ley o por reglamentos ejecutivos de leyes (disciplina, situaciones, provisión de puestos, etc.). Este límite, sin embargo, se ha quebrantado en algunos casos. La Ley 7/1990 de modificación de la Ley 9/87 ha señalado que las materias objeto de negociación colectiva, entre otras, serán:

- Incremento de retribuciones de los funcionarios.
- Determinación y aplicación de las retribuciones.
- Diseño y preparación de los planes de oferta de empleo público.
- Determinación de los programas y fondos para la promoción interna y la formación.
- Determinación de las pensiones de las clases pasivas.
- Sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.
- Propuestas sobre salud laboral, derechos sindicales y participación.
- Las condiciones de trabajo, carrera administrativa, prestación asistencial, etc.

Esta normativa podría ser inconstitucional ya que la Ley considera objeto de negociación la clasificación de puestos de trabajo o los sistemas de ingreso y provisión de plazas, materias que están reguladas por Leyes y reglamentos ejecutivos. La Ley excluye de la negociación las decisiones que afecten a los derechos de los ciudadanos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

Las negociaciones colectivas se desarrollan en las mesas de negociación, con presencia de representantes de la Adm. Pública correspondiente y de las organizaciones sindicales más representativas. En el ámbito estatal, existen mesas sectoriales para personal docente, Correos, Sanidad, Justicia, Seg. Social, etc. La composición de las mesas sectoriales puede no ser representativa por la inclusión siempre de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal, que pueden ser minoritarios en numerosos sectores y cuerpos de funcionarios (inspectores de finanzas, médicos, profesorado, etc.). Por ese peligro de falta de representatividad, se atribuye a la Mesa General la potestad de constituir mesas sectoriales en atención al número y peculiaridades de sectores concretos.

En cuanto a los efectos de la negociación, no es posible reconocer a los acuerdos y pactos que se suscriban en estas mesas la naturaleza propia de los convenios colectivos ya que deben ser aprobados por el Gobierno, Consejo de Gob. de las CCAA u órgano correspondiente de la entidad local, que podrán *establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios en caso de que no se alcance acuerdo o se llegue a una aprobación expresa y formal.*

- **El derecho de reunión**

La Ley 9/87 sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las AAPP, regula la autorización para que los funcionarios ejerciten el derecho de reunión en los centros de trabajo (fuera de ellos es un derecho fundamental garantizado por el art. 21 CE).

El derecho de reunión y la autorización consiguiente se concretan al uso de los locales públicos para celebrar la reunión, que debe celebrarse fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo previo. Las reuniones sólo pueden convocarlas los Delegados de Personal o las Juntas de Personal y las organizaciones sindicales. Las bases sólo pueden convocarla si los convocantes son más del 40% del colectivo convocado.

La autorización de la reunión debe solicitarse con dos días de antelación indicando lugar, hora, orden del día y firmantes. Si hay objeciones a la reunión deben motivarse. Otros derechos conexos con el de reunión son disponer de un local adecuado si trabajan más de 250 funcionarios y la presencia de un tablón de anuncios para exponer exclusivamente información sindical.

- **La huelga de funcionarios en el Derecho español**

La Constitución del 78 aborda la regulación del derecho sindical y de huelga en el art. 28 pero en términos muy ambiguos que permiten reconocer a los funcionarios su derecho de sindicación pero no queda tan claro su derecho de huelga. El art. 28.1 reconoce el derecho de todos a sindicarse libremente mientras que el art. 28.2 reconoce el derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses, asegurándose por Ley el funcionamiento de los servicios esenciales.

La Ley de Medidas de 1984 abrió la permisividad para la huelga de funcionarios señalando que, al ejercer el derecho de huelga no se cobrarán las retribuciones correspondientes pero sin tener carácter de sanción disciplinaria. Tras una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre un Real Decreto que regulaba el ejercicio del derecho de huelga se mantienen ciertas condiciones para que la huelga sea legal: la comunicación previa de los objetivos de la huelga a la autoridad administrativa y laboral con 10 días de antelación, así como la fecha del inicio del paro y la composición del comité de huelga. Puede asimismo instituir un arbitraje obligatorio siempre que se respeta la imparcialidad de los árbitros.

Pieza clave en el planteamiento del conflicto y su posterior desarrollo es el *comité de huelga* que cumple importantes funciones para el ejercicio del derecho: desarrollar las gestiones necesarias para solucionar el conflicto y garantizar los servicios mínimos, cooperando con la Administración. Si no hay acuerdo, es la Administración quien definirá los servicios mínimos y los funcionarios a su cargo, pudiendo recurrirse a los Tribunales esa determinación.

En todo caso, la participación en una huelga dentro de los límites legales no supone la extinción de la relación de servicio, ni comporta infracción alguna que conlleve sanciones pues los funcionarios huelguistas ejercitan un derecho constitucional.

5

68

68